



7. 3. 257





ibliothèque
de l'Avocat.

TRAITÉ
DES DONATIONS,
DES TESTAMENS,

ET

DE TOUTES AUTRES DISPOSITIONS GRATUITES.

II.

————— IMPRIMERIE —————

De P. G. De Wit,

A BRUXELLES.

TRAITÉ DES DONATIONS, DES TESTAMENS,

ET

DE TOUTES AUTRES DISPOSITIONS GRATUITES,
SUIVANT LES PRINCIPES DU CODE CIVIL,

PRÉCÉDÉ D'UN DISCOURS HISTORIQUE SUR L'ANCIENNE LÉGISLATION
RELATIVE A CETTE MATIÈRE.

ON Y A JOINT UN TRAITÉ DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE,
PRÉCÉDÉ D'UN DISCOURS HISTORIQUE SUR L'ADOPTION.

PAR LE BARON GRENIER,
PREMIER PRÉSIDENT DE LA COUR ROYALE DE RIOM.

QUATRIÈME ÉDITION,

REVUE, CORRIGÉE ET CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE PAR L'AUTEUR;
ET ACCOMPAGNÉE DE REMARQUES SUR LES DISPOSITIONS LÉGISLA-
TIVES PUBLIÉES DANS LES PAYS-BAS, ET SUR LA JURISPRUDENCE DE
CE ROYAUME, MISES EN RAPPORT AVEC LE CODE CIVIL,

PAR ÉT. DE FORTBOIS, ANCIEN MAGISTRAT.

CETTE 4^e ÉDITION EST AUGMENTÉE DE 300 PAGES.

TOME DEUXIÈME.



BRUXELLES,

P. J. DE MAT, A LA LIBRAIRIE FRANÇAISE ET ÉTRANGÈRE,
GRANDE PLACE, N^o 1188.

MDCCCXXVI.

TRAITÉ DES DONATIONS, DES TESTAMENS,

ET

DE TOUTES AUTRES DISPOSITIONS GRATUITES,
SUIVANT LES PRINCIPES DU CODE CIVIL.

CHAPITRE VI.

QUELLES SONT LES CAUSES QUI DONNENT LIEU A LA
RÉVOCATION DE LA DONATION.

*Cas d'exception au principe de l'irrévocabilité de la
donation entre vifs.*

181. LA loi a introduit une exception au principe de l'irrévocabilité de la donation entre vifs, dans trois cas.

La donation est révoquée par la survenance d'un enfant au donateur.

Elle est révoquée pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle a été faite.

Elle l'est encore pour cause d'ingratitude. Art. 953.

Dans le Discours historique, section I^{re}, § IV, 1^{er} vol., p. 43, j'ai donné une idée suffisante de l'ancienne jurisprudence sur les causes qui donnaient lieu à la révocation de la donation. J'en ai développé les motifs : on y verra

aisément que cette jurisprudence est la base des principes adoptés sur la même matière par le Code civil.

Je me bornerai donc à des observations relatives aux dispositions du Code.

§ I^{er}.

DE LA RÉVOCATION DE LA DONATION DANS LE CAS DE SURVENANCE D'ENFANS AU DONATEUR.

Comparaison des art. 960 du Code et 39 de l'ordonnance de 1731. — La révocation n'a lieu que dans le cas où le donateur n'a ni enfans ni petits-enfans lors de la donation.

182. Le principe de cette révocation se puise dans l'article 960 du Code civil. Auparavant, le même principe était consigné dans l'article 39 de l'ordonnance de 1731.

Le meilleur moyen de se bien pénétrer de toute l'étendue des dispositions de l'art. 960 du Code, est de le comparer avec l'art. 39 de l'ordonnance, d'examiner les points de conformité et ceux de différence; on y verra un changement de rédaction, qui paraît léger au premier abord, mais qui cependant a des conséquences importantes, et dont la connaissance fait entrer dans l'esprit de certaines autres dispositions du Code civil. Cet examen devient d'autant plus intéressant, que ni la discussion du Conseil d'état, ni les observations du Tribunat, n'apprennent point le motif de ce changement de rédaction.

Article 39 de l'ordonnance de 1731.

« Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfans ou de descendans actuellement vivans dans le temps de la donation, de quelque valeur que lesdites donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même

Article 960 du Code civil.

« Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfans ou de descendans actuellement vivans dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui

celles qui auraient été faites en faveur de mariage, *par autres que par les conjoints ou les ascendans*, demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subéquent, et non par aucune autre sorte de légitimation. »

auraient été faites en faveur de mariage, *par autres que par les ascendans AUX conjoints*, ou par les conjoints l'un à l'autre, demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subéquent, *s'il est né depuis la donation.* »

Pour que la révocation ait lieu, il faut que lors de la donation le donateur n'ait ni enfans ni petits-enfans. Il serait indifférent qu'il en eût eu, s'ils ne vivaient pas lors de la donation. La présomption que le donateur n'aurait point donné s'il eût prévu qu'il aurait des enfans, est le fondement de la révocation, et cette présomption cesse dans le cas où, lors de la donation, le donateur a des enfans ou descendans. *Filios non habens*, disait la fameuse loi *Si unquam*, au Code, de *revoc. donat.*, qui est le type de la législation sur cette matière. Cependant la naissance des filles a toujours produit, dans la jurisprudence, le même effet que celle des enfans mâles. Le motif de la révocation est toujours le même.

Du retour d'un enfant absent, cru mort lors de la donation.

185. Mais si le donateur avait un enfant absent, qu'il crût mort, et s'il était établi que ce fût par la fausse opinion qu'il avait de sa mort qu'il eût fait la donation, le retour de cet enfant, après la donation, ne devrait-il pas en opérer la révocation, de la même manière que s'il était né après cette donation ?

On peut dire, pour l'affirmative, que sur cette matière, dans laquelle la loi, en prononçant la révocation de la donation, se fonde uniquement sur cette présomption, puisée dans le cœur humain, que le donateur n'entend pas préférer le donataire à ses propres enfans, et sur la dureté qu'il y aurait à priver ceux-ci des biens des auteurs de leurs jours, contre leur intention, il ne faut pas se tenir à la lettre de la loi, et en abandonner

l'esprit. Il y a, dans ce cas, la même raison que dans celui où le donateur n'a réellement point d'enfant à l'époque de la donation, et où il lui en survient postérieurement.

Tiraqueau, sur la loi *Si unquam, verb. Filios non habens*, nos 15, 16, 17 et 18, cite plusieurs auteurs qui se sont décidés pour la révocation de la donation dans le cas dont il s'agit, et lui-même embrasse cette opinion sans difficulté. Papon, sur la même loi, Fernand, dans le commentaire qu'il en a donné, n° 8, Ricard, *des Donations*, partie 3^e, n° 595, Furgole, *Question 19, sur l'ordonnance de 1731*, et Pothier, *Introd. au titre 15 de la Coutume d'Orléans*, n° 100, sont du même avis. Cette opinion est conforme au véritable esprit de la loi et à l'équité.

Le donateur dont l'enfant aurait perdu l'état civil, serait réputé sans enfans.

184. Un donateur serait encore réputé être sans enfans, et par conséquent la donation serait révoquée par la survenance postérieure d'un enfant, si, lors de la donation, il avait un enfant même légitime, mais qui aurait perdu l'état civil. *Pothier, ibid.*

[*Observations sur une réfutation faite par un auteur, des nos 183 et 184.*]

[184 bis. M. Toullier, tom. 5, pag. 291, nos 299 et 300, ne peut adopter cette opinion ni celle que nous avons émise dans le numéro précédent; il se fonde sur ce que l'art. 960 exige impérieusement que le donateur n'ait pas d'enfans actuellement vivans, et que cette condition ne se trouve pas accomplie dans les deux cas sur lesquels nous venons de nous expliquer. Cette interprétation, si elle prévalait, serait excessivement rigoureuse et contraire aux principes. Il nous paraît qu'ici la lettre de la loi doit être interprétée par son esprit; et, en conséquence, nous persistons dans l'une et l'autre opinion que nous avons émise.

Nous ne saurions adopter les idées de défaveur insinuées par ce savant professeur contre la révocation des donations par survenance d'enfans, et nous ne saurions admettre que cette révocation *s'écarte du droit commun*. Nous pensons, au contraire, qu'en se pénétrant de notre législation, tant ancienne que moderne, sur cette matière, quelle que soit l'origine de la faculté de donner; que, soit qu'elle se puise dans le droit naturel, soit qu'on doive la rapporter au droit des gens, cette révocation, qui est fondée sur un vœu de la nature, est de droit commun.

Elle a été jugée tellement favorable, qu'elle était reçue généralement tant en droit écrit que dans les pays de Coutume, même quoique la donation eût été faite par contrat de mariage en faveur d'étrangers qui se mariaient. On peut voir, pour les pays de droit écrit, ce que disait Maynard, liv. 4, chap. 12, n° 4. On sait aussi que cette restriction apportée à la révocation de la donation par survenance d'enfans, fut rejetée par l'article 59 de l'ordonnance de 1751. Aussi Prohet, sur l'article 33 du titre 14 de la Coutume d'Auvergne, qui était une de celles qui avaient affranchi de la révocation, pour cause de survenance d'enfans, la donation faite en contrat de mariage, disait que, suivant *le droit commun et ordinaire*, la survenance d'enfans révoque ou donne lieu à la révocation de la donation. L'opinion de ce commentateur n'est que l'expression de celle d'un grand nombre d'auteurs qui ont traité la matière *ex professo*. Aussi M. Toullier, n° 522, dit très-judicieusement : « La loi présume que toutes les donations contiennent la condition tacite de révocation, s'il survient des enfans au donateur. Cette présomption *est fondée sur les plus doux sentimens de la nature et sur les devoirs du donateur.* »

De tout cela il résulte que la révocation de la donation, pour le cas de survenance d'enfans, est de droit commun; que tout ce qui pourrait y déroger ne serait qu'une exception à ce droit; et l'on sait que, dans le doute, toute exception doit être rappelée à la règle générale. Ici, la loi

a voulu prémunir un donateur contre toute inattention sur le sort de ses enfans à naître; et il est difficile de ne pas s'arrêter à l'opinion que devait avoir un donateur, lors de la donation, qu'il était sans enfans, ou que ceux qu'il avait pu avoir, étant frappés de mort civile, devaient être considérés à ses yeux comme n'existant pas.

Au surplus, la clause conditionnelle indiquée par M. Toullier, dans les deux cas dont il s'agit ici, est un acte de prudence qu'on ne peut qu'admettre; mais abstraction faite de cette clause, et en considérant la question en elle-même, nous croyons que notre opinion est fondée en principes.]

La donation est révoquée par survenance d'enfans, quel que soit son objet. — Limitation à l'égard des petits présens de choses mobilières.

185. C'était une question, avant l'ordonnance de 1731, de savoir si la donation était révoquée quel que fût son objet, quoiqu'au lieu de porter sur une quotité, elle fût seulement d'une somme ou d'un objet particulier, soit en propriété, soit en usufruit.

Il faut convenir qu'il y avait matière à difficulté. La législation en cette partie est fondée principalement sur des conjectures. D'un côté on a pensé que le donateur n'eût point fait la donation s'il eût cru avoir des enfans dans la suite, et la législation s'est formée sur ce principe, que la donation contenait une condition au moins tacite, que la donation serait révoquée en cas de survenance d'enfans; mais, d'un autre côté, on pouvait douter de la légitimité de cette condition, lorsque les circonstances, soit à raison de la modicité de l'objet donné, soit par rapport à sa destination, pouvaient faire présumer que quand le donateur aurait prévu le cas où il aurait des enfans, il n'aurait pas moins fait la donation.

Quelques Coutumes, au moins celle de Bourbonnais, art. 223, ne prononçaient la révocation de la donation, que lorsqu'elle était ou universelle, ou *per modum quotæ*; et M. le premier président de Lamoignon, dans son ar-

rété 68^e, au titre *des Donations*, voulait que la donation ne fût pas révoquée par survenance d'enfans, si elle n'excédait pas le quart des biens qui appartenaient au donateur, au jour de la donation.

Si on eût dû faire dépendre des circonstances, la révocation de la donation, il est aisé de sentir combien on se serait livré à l'arbitraire, et qu'à proprement parler, il n'y aurait pas eu de législation sur ce point.

C'est pourquoi, lorsque l'on fit l'ordonnance de 1731, on s'en tint rigoureusement au principe de la révocation de la donation par survenance d'enfans, quel que fût l'objet de la donation. C'est sous ce point de vue qu'a toujours été considéré l'article 39 de cette ordonnance, par cela seul qu'il ne fait à cet égard aucune distinction. Il doit en être de même de l'article 960 du Code, qui n'en fait pas non plus.

Je crois néanmoins qu'il serait difficile d'admettre la révocation pour *les petits présens de choses mobilières*, ainsi que l'observait Pothier, *Introd. au tit. 15 de la Coutume d'Orléans*, n° 101.

De la donation mutuelle. — Elle est révoquée par survenance d'enfans.

186. Par une suite de ce que la révocation de la donation par survenance d'enfans, tenait essentiellement à des conjectures, la même difficulté s'était élevée selon la nature du titre sous lequel la donation avait été faite. On ne croyait pas devoir se décider à l'égard d'une donation mutuelle et d'une donation rémunératoire, comme par rapport à une donation simple.

Par donation mutuelle, on a toujours entendu celle qui se faisait par deux individus réciproquement, par le même acte, quoique, sous quelques rapports, on pût considérer comme telles les donations que des particuliers se faisaient respectivement par des actes séparés.

La donation mutuelle qui avait lieu sous l'ancienne législation, est maintenue sous la nouvelle. L'article 960 du Code civil le suppose ainsi, et cela se confirme encore

par la circonstance que le testament mutuel est seulement interdit par l'art. 968, et par la disposition de l'art. 1097, qui, en interdisant aux époux pendant le mariage toute donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte, soit par acte entre vifs, soit par testament, laisse supposer que ce genre de donation peut avoir lieu entre autres que des époux.

La difficulté relative à la révocation augmentait encore, si la donation mutuelle était inégale. On doutait au moins si la révocation ne devait pas être restreinte à l'excédant de la donation faite par celui auquel il survenait des enfans, sur celle qui est faite par l'autre donateur.

Mais toutes ces difficultés ont disparu d'après l'art. 59 de l'ordonnance de 1751, qui voulut d'une manière indéfinie et absolue que les donations, même mutuelles, fussent révoquées par survenance d'enfans; et le principe est le même dans la législation actuelle, puisque l'art. 960 du Code civil est conforme en cette partie à cet article de l'ordonnance.

Mais seulement à l'égard de celui des donateurs auquel il survient un enfant.

187. Mais il faut remarquer, quoique la loi ne s'en explique pas, que la donation mutuelle n'est révoquée qu'à l'égard de celui des donateurs auquel il survient un enfant; elle ne laisse pas, malgré cette révocation, de subsister à l'égard de l'autre qui ne se trouve pas dans ce cas. On ne doit pas présumer que celui des donateurs auquel il ne survient pas d'enfans, n'eût pas fait la donation s'il eût prévu que l'autre dût en avoir dans la suite. La révocation de l'une des donations tient à un événement, et non à une inexécution qui puisse produire l'invalidité de l'autre donation. On peut voir à ce sujet Auzanet, sur la Coutume de Paris, article 280.

[*Réflexions nouvelles sur la question.*]

[187 bis. Lorsque nous avons embrassé l'opinion émise dans le n° précédent, que la révocation de la donation

faite par celui des donateurs à qui il survenait des enfans, n'empêchait pas que la donation faite par celui des donateurs qui ne se trouvait pas dans ce cas, ne conservât son effet, nous nous étions décidés sur ce que, d'après les principes relatifs aux donations entre vifs, la véritable cause de la donation de cette nature, était le désir d'exercer un bienfait; que l'irrévocabilité de la donation était fondée sur cette cause seule. Nous étions encore frappés du silence qu'avait gardé le législateur, soit à l'époque de l'ordonnance de 1751, soit lors de la confection du Code civil. Nous pensions que s'il eût entendu que l'une des donations ne pouvant conserver son effet à raison de la survenance d'enfans, l'autre serait révoquée, il s'en serait expliqué dans des articles où cette idée venait si naturellement.

Cependant, en examinant de nouveau cette question qui est délicate, nous croyons devoir revenir de notre premier avis, et adopter l'opinion que la révocation de l'une des donations, pour cause de survenance d'enfans, donne lieu à la révocation de l'autre, opinion qui est celle de Pothier, *des Donations entre vifs*, pag. 157, édit. in-12 de 1778. En nous pénétrant de ce qui a été dit sur la nature de la donation entre vifs réciproque, par les anciens auteurs qui, tels que Ricard, Papon et autres, étaient d'avis que la donation mutuelle n'était pas révoquée par la survenance d'enfans à l'un des donateurs, parce qu'ainsi que le dit Furgole, qui rapporte et analyse l'opinion de ces auteurs, dans ses Observations sur les articles 20, 39 et 46 de l'ordonnance de 1751, nous nous sommes convaincus que les donations mutuelles devaient être considérées comme un contrat onéreux et une convention réciproque. A la vérité, l'avis de ces auteurs ne fut pas suivi, quant au résultat, lors de la rédaction de l'ordonnance de 1751; mais la nature de la réciprocité de la donation mutuelle ne reste pas moins; et de cela seul il nous paraît résulter, toutes réflexions faites, qu'une des donations étant révoquée, l'autre ne peut subsister. C'est cette réciprocité, cette condition tacite, que l'une des donations ne peut conserver

son effet sans que l'autre ne conserve le sien, qui fait le fondement de l'opinion de Pothier.

« La donation mutuelle, dit cet auteur, faite par celui à qui il est survenu des enfans, étant révoquée, celle qui lui est faite par l'autre, à qui il n'en est pas survenu, l'est-elle aussi ? je le pense ; car celui-ci ayant donné en considération de la donation qui lui était faite, cette donation qui lui a été faite étant révoquée, *la cause pour laquelle il avait donné cesse*. Il y a donc, par conséquent, lieu à la répétition dont il est parlé au titre du Digeste, *de conditione sine causâ*. » On ne pourrait être d'un avis différent, que dans le cas de la stipulation d'une clause contraire, de laquelle on pût induire que l'intention des donateurs a été que la survenance d'enfans à l'un d'eux, ne porterait point atteinte à la donation faite par l'autre. On pourrait encore tirer la même conséquence de fortes circonstances qui pourraient se présenter.

Nous avons remarqué, après nous être décidés pour l'opinion de Pothier, qu'elle est adoptée par M. Toullier, *des Donations*, n° 308. Ce dernier auteur se fonde de plus sur des inductions qu'il tire de l'article 500 du Code civil, qui voulait que le conjoint qui aurait obtenu le divorce conservât les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils eussent été stipulés réciproques, et que la réciprocité n'eût pas lieu. L'application de cet article à la question qui nous occupe, pourrait être le sujet d'un examen sérieux ; mais cette discussion devient inutile.]

La donation rémunératoire est soumise à la même révocation.—Du cas où la donation a pour objet une indemnité de services, de travaux ou de salaires.

188. Par rapport à la donation rémunératoire, le législateur, toujours pour éviter le danger de l'arbitraire, l'a également soumise au principe de la révocation par survenance d'enfant.

Il est à propos cependant de faire une observation relativement à ce genre de donation. Il faut s'en tenir à la force de cette expression, *rémunératoire*, qui suppose

une récompense excitée par un sentiment de générosité, et indépendante de toute action civile. Cela doit d'autant plus avoir lieu, que très-souvent on donne pour prétexte ou pour couleur aux donations, la manifestation du désir de récompenser des services qu'on dit vaguement avoir reçus.

Mais si la donation avait pour objet une indemnité de services, de travaux ou de salaires pour lesquels il y eût eu action contre le donateur, alors la donation ne serait point révoquée par la survenance d'un enfant, au moins jusqu'à concurrence de ce qui serait dû. La donation ne serait pas purement gratuite ou rémunératoire, elle serait à titre onéreux, elle prendrait le caractère d'un contrat ordinaire. Il en serait ainsi, même quand on aurait pu opposer la prescription au donataire, parce qu'on peut renoncer sans fraude à la prescription, et qu'elle aurait été couverte par la donation. On ne doit excepter que les cas d'une fraude, ou d'une couleur affectée dans la vue d'éluder la révocation.

Mais, hors le cas d'une action constante contre le donateur, et quelque importans que fussent des services réels, je ne pense pas que les tribunaux doivent se refuser à prononcer la révocation de la donation, malgré ce que Ricard dit à ce sujet, d'après quelques arrêts, *Traité des Donations*, partie 3^e, n^o 614 et suiv.

Il est impossible de donner à la donation, dans ces cas même, d'autre caractère que celui de donation *rémunératoire*; et la loi soumettant expressément cette donation à la révocation en cas de survenance d'enfant, on ne peut se livrer à des distinctions, sous le prétexte de diverses considérations, sans tomber dans l'arbitraire que la loi a voulu éviter. Tel est aussi le résultat de ce que dit Furgole, *Observations sur l'ordonnance de 1751*, article 20. Il faut toujours en revenir à ces termes de la loi 29, ff. de Donat. *Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur.*

De la donation en faveur de mariage. — Changemens successifs de la jurisprudence. — Procès du célèbre Dumoulin.

189. La donation est encore révoquée, même quand elle aurait été faite en faveur de mariage, excepté dans deux cas dont je parlerai bientôt.

Il n'est pas inutile de rappeler les changemens successifs qu'a éprouvés ce point de jurisprudence, et d'expliquer comment la législation s'est formée.

Il paraît qu'avant le célèbre Dumoulin, on peusait assez généralement que, par cela seul qu'une donation était faite en faveur de mariage, elle était irrévocable, même en cas de survenance d'enfans, sauf néanmoins la légitime de ces enfans. On voit encore que telle était la disposition de la Coutume d'Auvergne, tit. 14, art. 33, et de celle de Bourbonnais, article 225.

Le motif de cette jurisprudence était, ainsi que le dit Ricard, *des Donations*, part. 3^e, n^o 606, « que les donations faites en faveur de mariage sont toujours onéreuses, que les conjoints avaient sujet de dire qu'ils ne se fussent pas engagés par les liens du mariage, et à supporter les charges d'une famille, si ce n'eût été dans la considération de cet avantage qu'ils avaient reçu. »

Mais Dumoulin ayant été dans le cas de demander la révocation, par survenance d'enfans, d'une donation qu'il avait faite à Ferri Dumoulin, son frère, par le contrat de mariage de celui-ci, présenta la question sous un nouveau jour. Il développa les idées qu'on devait se former d'après la loi *Si unquam*, de manière à prouver que la circonstance que la donation aurait été faite en faveur de mariage, ne devait pas être un obstacle à la révocation, lorsqu'il survenait des enfans au donateur.

En conséquence, la révocation de la donation qu'il avait faite, fut prononcée par un arrêt du parlement de Paris, rendu le 12 avril 1551, en robes rouges, circonstance qui, d'après l'usage du temps, annonçait l'import-

tance qu'on y attachait, et que cet arrêt devait, à l'avenir, fixer la jurisprudence. En effet, cette jurisprudence non-seulement se soutint au parlement de Paris, mais encore les arrétistes apprennent qu'elle s'introduisit dans les autres parlemens.

C'est cette jurisprudence qui fixa la législation établie par l'article 59 de l'ordonnance de 1731, laquelle ordonnance dérogea dès lors aux Coutumes contraires rédigées avant Dumoulin, telles que celles dont je viens de rappeler les dispositions.

On peut en donner pour motifs les mêmes que ceux qui sont encore exposés par Ricard : « Qu'en cette ren- » contre il faut considérer la personne du donateur, qui » de sa part a fait une action toute libérale, et qui n'a » pour objet que sa bonne volonté ; que les conjoints ont » dû considérer la nature de la donation qui leur était » faite, et qui était révocable par un moyen qu'ils n'ont » pu ignorer, puisqu'il est de droit. De sorte que ne » pouvant pas arguer le donateur de mauvaise foi, et » de leur avoir caché le principe pour lequel cette révo- » cation pouvait arriver, ils ne peuvent pas prétendre » que les choses données leur doivent demeurer par forme » de dommages et intérêts, comme les ayant engagés dans » une affaire qu'ils n'eussent pas entreprise autrement. »

Ainsi, quand la donation aurait eu principalement pour objet une dot, elle ne serait pas moins révoquée. Les époux ne peuvent dire qu'ils ont été trompés, puisqu'ils ont dû prévoir l'événement.

De la survenance d'un enfant naturel.

190. Sous la nouvelle comme sous l'ancienne législation, la naissance postérieure d'un enfant naturel ne porte point atteinte à la donation. Cette faveur n'appartient qu'à la naissance de l'enfant provenu du mariage. Telle est l'induction qu'on doit tirer de ces termes de l'art. 960, « par » la survenance d'un enfant *légitime* du donateur, etc. ; » et il est indifférent que cet enfant ne vienne au monde qu'après la mort de son père.

De la survenance d'un enfant né d'un mariage nul, mais contracté de bonne foi par les parties ou par l'une d'elles.

191. Enfin, sous la nouvelle comme sous l'ancienne législation, la survenance d'un enfant né d'un mariage nul, à qui la loi accorderait les droits d'enfant légitime, en considération de la bonne foi des parties qui l'ont contracté, ou de l'une d'elles, révoquerait la donation faite par celui des conjoints qui aurait contracté le mariage de bonne foi; car, quoique cet enfant, dans la vérité, ne soit pas né d'un mariage légitime, il suffit que les lois lui donnent les droits des enfans légitimes. On peut, pour cette décision, tirer un argument concluant de ce que la loi décide pour les enfans légitimés par mariage subéquent, lesquels ne sont pas, dans la vérité, nés de légitime mariage, quoique les lois leur en accordent les droits.

Il résulte de ce que je viens de dire, que l'enfant né d'un mariage nul, contracté par des parties dont l'une était de bonne foi, ne donne pas lieu à la révocation de la donation faite par celle qui n'était pas de bonne foi. Cependant cet enfant aurait, dans la succession de celui des conjoints qui n'aurait pas été de bonne foi, les droits des enfans légitimes, et en conséquence la donation serait sujette au retranchement jusqu'à concurrence de la réserve.

Il n'y a point là de contradiction. La raison de la différence est que l'action en retranchement de la réserve est un droit de l'enfant, lequel ayant tous les droits des enfans légitimes, doit avoir celui-ci. Mais le droit de révoquer la donation pour cause de survenance d'enfans, est un droit accordé au donateur, ainsi que je l'expliquerai bientôt dans ce §, et le donateur n'a pu acquérir ce droit en contractant sciemment l'union illégitime dont l'enfant est né, *cum nemo ex proprio delicto possit sibi quærere actionem*. Tel est l'avis de Furgole, *Quest.* 17, sur l'ordonnance de 1731, et de Pothier, *Introd. au tit. 15 de la Coutume d'Orléans*, n° 104, et cet avis est fondé en raison.

Différences entre l'article 960 du Code et l'art. 59 de l'ordonnance de 1731.

192. Tels sont les points sur lesquels il y a une conformité absolue entre l'article 960 du Code civil et l'article 59 de l'ordonnance de 1731, et sur lesquels la jurisprudence ancienne relative aux questions que j'ai cru devoir rappeler, peut également recevoir son application.

Je vais actuellement faire remarquer les différences.

1^{re}. Des effets de la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent.

195. En premier lieu, suivant l'article 960, la légitimation d'un enfant naturel, par mariage subséquent, donne lieu à la révocation de la donation, et il en était de même d'après l'article 39 de l'ordonnance de 1731.

Mais il y a cette grande différence, c'est que, suivant cet article de l'ordonnance, il était indifférent que l'enfant légitimé par mariage subséquent fût né avant ou après la donation, puisque cet article ne faisait aucune distinction.

Au lieu que, d'après l'addition contenue dans l'article 960 du Code, *s'il est né depuis la donation*, la légitimation de l'enfant naturel par mariage subséquent ne révoque la donation qu'autant que sa naissance est postérieure à la donation ; en quoi la nouvelle législation a reçu une amélioration respectivement à l'ancienne.

En effet, ainsi que l'observait le Tribunal, auquel l'article avait été présenté sans cette addition, la naissance de l'enfant légitime ne donnant lieu à la révocation qu'autant qu'il naît après la donation, il est impossible de donner plus de faveur à l'enfant naturel qui dans la suite est légitimé.

Mais la révocation a également lieu, quand même l'enfant aurait été conçu au temps de la donation. *Art. 961.* Il doit en être de même, à cet égard, et de l'enfant légitimé par mariage subséquent, et de l'enfant légitime. La loi les a assimilés dans l'article 960, et la modification à cet arti-

cle, apposée dans l'article suivant, leur est commune dès qu'elle est faite sans exception.

Il est inutile de s'occuper de l'effet des expressions qu'on lit dans l'article 59 de l'ordonnance de 1731, *et non par aucune autre sorte de légitimation*. Elles avaient trait à la légitimation qui avait lieu par rescrit du Prince. Il n'y a parmi nous d'autre légitimation que celle qui résulte du mariage subséquent. Cette légitimation, lorsqu'elle est faite dans les termes des art. 351, 352 et 353 du Code civil, met les enfans, qui auparavant étaient enfans naturels, au niveau des enfans nés dans le mariage.

En traitant de l'*adoption*, j'examinerai si l'adoption postérieure à la donation peut donner lieu à sa révocation.

2°. *Quelles donations faites en faveur de mariage ne sont point révoquées par survenance d'enfans. — Examen des expressions employées dans l'ordonnance et le Code, relativement à ces donations.*

194. En second lieu, l'article 960 du Code contient des expressions qui méritent d'être pesées. En même temps qu'il veut, comme l'article 59 de l'ordonnance de 1731, que la circonstance que la donation aurait été faite en faveur de mariage ne soit pas un obstacle à la révocation, il y est ajouté, *par autres que par les ascendans aux conjoints, ou par les conjoints l'un à l'autre*. Tandis qu'on lit dans l'article 59 de l'ordonnance, *par autres que par les conjoints ou les ascendans*.

L'article 960 avait été présenté au Tribunat, sous le n° 72, dans les mêmes termes que ceux de cet article de l'ordonnance, et le Tribunat demandait qu'on rédigeât ainsi cette partie de l'article, *par autres que par les ascendans ou conjoints*, et qu'on ajoutât, *ou par les conjoints l'un à l'autre*.

Mais cette rédaction n'a point été adoptée, au moins intégralement, et on n'a point conservé celle sous laquelle l'article qui est devenu le 960^e avait été présenté. On a préféré la troisième rédaction que j'ai déjà rappelée.

On ne voit point dans la discussion du Conseil d'état, le motif de ce changement de rédaction. Je vais développer celui qu'on doit raisonnablement présumer.

L'article 39 de l'ordonnance de 1751 étant ainsi conçu, *par autres que par les conjoints ou les ascendans* ; il en résultait, suivant les commentateurs de cette ordonnance, une exception à la révocation de la donation par survivance d'enfant, lorsqu'elle était faite par contrat de mariage, et cela dans trois cas.

Le législateur avait voulu dire que la donation n'était point révoquée,

1°. Lorsqu'elle était faite aux conjoints par leurs ascendans ;

2°. Lorsqu'elle était faite entre les conjoints mutuellement, ou par l'un d'eux seulement en faveur de l'autre ;

5°. Lorsqu'elle l'était par les conjoints, ou par l'un d'eux, en faveur d'un ou de plusieurs des enfans à naître du mariage.

L'exception, dans ce troisième cas, pouvait d'autant plus avoir été un des objets de la forme de rédaction employée dans l'article 39 de l'ordonnance de 1751, que, suivant la législation ancienne, non-seulement les conjoints pouvaient donner, par leur contrat de mariage, à leurs enfans à naître, mais encore toutes autres personnes pouvaient, par le contrat de mariage, faire une donation à ces enfans à naître comme aux conjoints. Cela résulte textuellement de l'article 10 de la même ordonnance de 1751, qui dispensait de la formalité de l'acceptation les donations entre vifs qui seraient faites par contrat de mariage aux conjoints *ou à leurs enfans à naître, soit par les conjoints mêmes, ou par les ascendans, ou parens collatéraux, même par des étrangers, etc.*

Mais dans notre législation actuelle, ni les conjoints eux-mêmes, ni toutes autres personnes, ne peuvent faire une donation, au moins d'une manière directe, à des enfans à naître, même par le contrat de mariage duquel ces enfans doivent provenir, ainsi que je l'expliquerai plus particulièrement dans la III^e partie, n° 409.

Ainsi, en n'adoptant pas la rédaction proposée par le Tribunal, et en substituant à la rédaction qui lui avait été présentée antérieurement, et qui était conforme à celle de l'article 59 de l'ordonnance de 1731, celle-ci, « par au- » tres que par les ascendans *aux* conjoints, ou par les con- » joints l'un à l'autre, » le législateur a voulu restreindre, d'une manière claire et précise, l'irrévocabilité de la donation faite par le contrat de mariage, quoiqu'il y eût survenance d'enfans, à deux cas, savoir, lorsque la donation serait faite aux conjoints par leurs ascendans, et lorsqu'elle le serait par les conjoints mutuellement, ou par l'un d'eux en faveur de l'autre. On ne devait plus laisser supposer le cas où la donation serait faite directement à des enfans à naître, puisque la législation nouvelle n'admet pas une telle donation.

Motif de l'irrévocabilité de la donation entre époux, faite par contrat de mariage.

195. Si la révocation par survenance d'enfans n'a point lieu dans le cas de la donation entre vifs entre époux, lorsqu'elle est faite par contrat de mariage, c'est parce qu'on ne peut pas s'accuser d'imprévoyance sur la paternité, quand on donne par l'acte même dont le but est d'avoir des enfans.

Il en est de ce cas comme de celui où, lors de la donation, le donateur aurait des enfans ou petits-enfans.

Observation sur l'exception relative à la donation faite par les ascendans aux conjoints.

196. Quant à l'exception relative au cas où la donation est faite par les ascendans aux conjoints, on pourrait dire qu'elle devenait inutile, dès que le même article 960 commence par établir en règle générale que ceux qui ont des enfans ou descendans, lors de la donation, de quelque manière qu'elle soit, et quand elle serait faite à un étranger, ne peuvent en demander la révocation par survenance d'enfans. On faisait cette objection contre la même exception portée par l'article 59 de l'ordonnance de 1731.

Cependant, lorsqu'un père n'avait qu'un enfant qu'il mariait, auquel il donnait tous ses biens, s'il lui survenait dans la suite d'autres enfans, et surtout si le seul enfant qu'il mariait était une fille, et s'il lui survenait ensuite un enfant mâle, on pouvait élever la question de savoir s'il n'en résultait pas la révocation de la donation; et on voit en effet agiter cette question dans les auteurs avant l'ordonnance de 1731. La prévoyance de ce doute avait donné lieu à la rédaction de l'article 39 de l'ordonnance de 1731, qui a été conservée dans l'article 960 du Code civil.

*Des droits des enfans dont la naissance est postérieure
à la donation non révoquée.*

197. Mais il est bien entendu que, dans les cas où la donation n'est point révoquée par la survenance postérieure d'enfans, ceux-ci peuvent toujours en demander la réduction, en exerçant leur droit de réserve.

De la donation faite par les conjoints l'un à l'autre, pendant le mariage. — Elle n'est point révoquée par survenance d'enfans.

198. Lorsque la donation était faite par les conjoints l'un à l'autre, pendant le mariage, dans les pays où une pareille donation pouvait se faire, on pensait qu'elle était révoquée par la survenance d'enfans, parce que l'ordonnance de 1731 ne mettait à l'abri de la révocation que la donation qui avait lieu par le contrat de mariage même des conjoints.

Cette question ne peut point se présenter sous la législation actuelle. Le Code civil, art. 1097, ne permet pas que des époux puissent se faire pendant le mariage, soit par acte entre vifs, soit par testament, une donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte. L'art. 1096 permet cependant aux époux de se faire des dispositions pendant le mariage; mais il suppose qu'elles ne peuvent être faites que par des actes séparés, et il veut que ces donations ne soient point révoquées par la survenance d'enfans.

Le motif de cette disposition est que, suivant ce même article 1096, toutes donations faites entre époux pendant le

mariage, même qualifiées entre vifs, sont *toujours révocables*. Dès lors, la loi assimile ces donations à des dispositions purement testamentaires : elles ne prennent leur effet que par la mort; et si le disposant meurt sans avoir révoqué sa disposition, quoiqu'à son décès il eût des enfans, il en est de cette disposition, quoique qualifiée entre vifs, comme d'une disposition testamentaire, qui, malgré l'existence d'un ou de plusieurs enfans, doit avoir son effet, sauf la réduction établie par l'article 1094 du Code.

C'est donc seulement par le contrat de mariage des conjoints, qu'ils peuvent se faire une donation, soit simple, soit mutuelle et réciproque, qui ne puisse être révoquée ni par l'effet d'un changement de volonté, ni par survenance d'enfans, ainsi que cela résulte de l'article 960, sauf toujours, en cas de survenance d'enfans, la même réduction établie par l'article 1094.

Quel doit être le sort d'une donation faite entre conjoints par contrat de mariage, sans clause de survie, lorsqu'après le décès de l'époux donataire sans enfans, l'époux donateur a des enfans d'un mariage postérieur? — Motifs de décision pour la révocation. — Observations sur un arrêt de la cour de cassation, du 29 messidor an 11.

199. Mais, dans ce dernier cas même, il peut se présenter une question vraiment délicate. Il est bien évident que la donation faite entre conjoints, par leur contrat de mariage, n'est point révoquée par la survenance d'enfans provenus de ce même mariage. Mais supposons que le donataire ait précédé le donateur, sans qu'il y ait eu d'enfans de leur mariage, ou que ces enfans, s'il y en a eu, soient morts avant le donataire; si le donateur se remarie dans la suite, et qu'il ait des enfans, le donateur ou ses enfans pourront-ils demander la révocation de la donation faite au premier époux?

J'observe d'abord que cette question ne peut s'élever que dans le cas d'une donation entre vifs de biens présens, faite entre époux par leur contrat de mariage, et encore faudrait-il que dans ce contrat l'on n'eût pas stipulé la condition de

la survie; car, aux termes de l'article 1092 du Code civil, c'est seulement lorsque cette condition n'est pas exprimée, que la donation devient proprement une donation entre vifs, qu'elle saisit l'époux donataire, même quand il décéderait avant le donateur. Et à l'égard de la donation de biens à venir, ou de biens présents et à venir, faite entre époux par leur contrat de mariage, une donation de ce genre n'est point transmissible aux enfans issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur, suivant l'article 1093 du Code.

Mais si la question s'élevait telle que je viens de la présenter, c'est-à-dire, pour une donation simple de biens présents, faite par contrat de mariage, sans clause de survie, quel serait le sort de cette donation, si, après le décès de l'époux donataire sans enfans, l'époux donateur avait ensuite des enfans d'un mariage postérieur?

La difficulté pour se décider dérive de ce que, par rapport à cette donation, la loi s'est prononcée contre la révocation par survenance d'enfans, sous la forme d'une simple exception à la règle générale; elle ne s'explique point sur la circonstance de la naissance d'enfans provenus du même mariage, ou d'enfans que l'un ou l'autre des conjoints aurait d'un mariage postérieur.

Cependant, dans une matière conjecturale de sa nature, dont la législation est fondée sur des présomptions, on peut se décider, relativement à des cas sur lesquels la loi ne s'est pas expliquée précisément, par la présomption même qui fait la base de la loi, par rapport aux points sur lesquels elle prononce sans difficulté.

Si la loi a mis à l'abri de la révocation par survenance d'enfans la donation faite entre conjoints par leur contrat de mariage, on peut bien dire, à la vérité, que c'est parce qu'on ne peut s'accuser d'imprévoyance sur la paternité, dès qu'on donne à d'autres qu'à des enfans, par un acte auquel on se porte dans la vue d'en avoir, ainsi que je l'ai déjà observé; mais on ne peut se dissimuler aussi que, dans ce cas, il n'y a pas une préférence donnée sur ses propres enfans, comme dans le cas où une donation serait faite à un

étranger par un individu qui aurait déjà des enfans. Dans l'espèce particulière, on peut ne vouloir se dépouiller que parce que c'est en faveur de la mère des enfans qu'on aura, et parce que ces enfans auront l'espoir de retrouver les biens donnés, dans la succession de leur mère, ce qui est un cas bien différent de celui où l'on donne à tout individu quelconque, au préjudice des enfans qu'on a déjà. Que le conjoint donataire décède laissant des enfans, avant l'époux donateur, cette espèce ne peut pas être comparée, quant aux effets, à celle où l'époux donataire décède sans enfans, du vivant de l'époux donateur, qui se remarie ensuite; en sorte que les biens donnés passeraient, du vivant même du donateur, aux collatéraux de l'époux donataire.

Il est encore vrai que si l'époux donataire prédécédait laissant des enfans, et que l'époux survivant se remariât et eût des enfans de ce nouveau mariage, les enfans du premier lit profiteraient de la donation, comme héritiers de leur mère, sauf les réserves en faveur des enfans du second lit. Ce serait la condition des dispositions faites par le premier contrat de mariage.

Mais cette hypothèse n'est plus celle dont il s'agit; il est question, là, d'un avantage entre des individus qui sont tous enfans de l'époux donateur, ce qui est bien différent d'un concours entre les collatéraux de l'époux donataire prédécédé, qui sont étrangers à l'époux donateur survivant, et les enfans que celui-ci peut avoir d'un second mariage.

Il semble donc que, dans l'hypothèse, cet époux donateur survivant peut réclamer l'effet que la loi attache à la présomption qu'on n'a jamais voulu préférer des étrangers à ses propres enfans.

Telle a été l'opinion générale de tous les jurisconsultes, jusqu'à un arrêt de la Cour de cassation, du 29 messidor an 11, rapporté par M. Merlin, avec le discours qui a précédé ses conclusions, auxquelles l'arrêt est conforme, *Questions de droit*, au mot *Révocation de donation*. Cette opinion était même tellement formée, qu'au moins depuis longtemps on n'aurait pas élevé la question.

Je ne rappellerai point l'opinion des auteurs qui se sont

expliqués à ce sujet avant l'ordonnance de 1731 ; je me bornerai à celle de deux savans jurisconsultes qui ont écrit depuis cette ordonnance, sur laquelle l'art. 960 du Code civil a été conçu en cette partie.

Furgole, *Quest. 49, sur cette ordonnance*, n° 4, dit que ces libéralités faites entre conjoints par contrat de mariage, ne sont pas sujettes à révocation par la survenance de leurs enfans communs, selon l'opinion des docteurs, comme le remarque Dumoulin dans son *Traité de Donat. in contractu matrim. factis*, n° 5 ; ce qui, ajoute l'auteur, a été confirmé par l'art. 59 de l'ordonnance de 1731.

Prévôt de la Jannés, *Principes de la jurisprudence française*, tome 2, n° 465, s'explique ainsi : « Si par le contrat » de mariage, l'un des conjoints avait fait une donation au » profit de l'autre, elle ne serait point révoquée par la naissance d'un enfant commun. Comme on ne se marie que » pour avoir des enfans, il est visible que le conjoint donateur n'était point arrêté par la considération des enfans » qui pourraient naître de son mariage, etc. » Il faut observer qu'après ces mots d'un enfant commun, l'auteur cite l'art. 59 de l'ordonnance de 1731, et que dès lors il l'entend dans le sens de la restriction qu'il met à l'irrévocabilité de la donation, même en cas de survenance d'enfans.

Dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation, le tribunal de première instance de Montmorillon avait jugé que la loi du 17 nivôse an 2, sous l'empire de laquelle la donation avait été faite, n'était point un obstacle à ce qu'on se décidât par l'ordonnance de 1731 ; et il avait pensé qu'il résultait de cette ordonnance, que « si les donations » entre époux, par contrat de mariage, étaient exceptées du principe de la révocation, cette exception devait » se borner aux enfans du mariage même en faveur duquel la donation a été faite, et que les donations même » entre époux, sont, aux termes de cette loi, révocables » par survenance d'enfans d'un mariage subséquent, etc. »

La Cour royale de Poitiers se décida, au contraire, pour la non-révocation de la donation, mais par le motif seulement que l'ordonnance de 1731 avait été abolie par la loi du

17 nivôse an 2, et qu'elle crut trouver dans cette dernière loi des dispositions favorables au maintien de la donation. En sorte qu'on peut dire que ces deux tribunaux ont été d'avis que, s'il eût été question de se prononcer d'après les seules dispositions de l'ordonnance, la donation aurait dû être révoquée par la survenance d'enfans du mariage subséquent.

La Cour de cassation a pensé que la loi du 17 nivôse n'avait porté aucune atteinte à l'ordonnance de 1731; mais en se décidant même par cette ordonnance, elle a jugé qu'il n'en résultait pas que la donation dût être révoquée par la survenance d'enfans du mariage postérieur, « At- » tendu que cet article 39 de l'ordonnance de 1731 ne » permet pas de révoquer les donations faites entre époux, » même par survenance d'enfans; qu'ainsi, le jugement » dénoncé n'a violé aucune loi. »

Ce dispositif revient à ce que disait M. Merlin dans ses conclusions, que l'article 39 de l'ordonnance de 1731 (ce qu'on peut également dire de l'article 960 du Code), avait prononcé, d'une manière générale et absolue, l'irrévocabilité de la donation faite entre époux par leur contrat de mariage, même en cas de survenance d'enfans; ce qui, dans la généralité de la loi, devait se rapporter aux enfans d'un mariage postérieur, comme à ceux provenus du mariage même en faveur duquel la donation est faite; que « sans doute, si, à côté d'une disposition conçue en termes généraux, le législateur lui-même avait placé le » motif que la loi a dicté, on devrait expliquer la disposition par le motif, et restreindre l'une au seul cas où l'autre serait applicable. »

On ne peut cependant se dissimuler qu'il reste de puissans raisonnemens à faire. On peut toujours s'appuyer sur le grand principe consacré par la législation, que le donateur n'est jamais présumé vouloir que ses biens passent à des étrangers, au préjudice des enfans qu'il pourra avoir dans la suite; que la loi même ne le permet pas, et que son but est de venir à son secours, s'il pouvait être imprévoyant sur les sentimens qu'il éprouverait si jamais il de-

venait père. On peut dire que c'est par ce motif, qui tient à l'intérêt public, que le donateur ne peut point valablement renoncer à la révocation, *art.* 965; que les exceptions établies par le législateur doivent toujours se concilier avec ce principe; que lorsqu'il a voulu que la donation faite entre conjoints ne pût être révoquée par survenance d'enfans, il a seulement entendu les enfans qui naîtraient de ce mariage, parce qu'alors le principe n'était pas blessé; que ces enfans ne pouvaient pas attaquer une disposition qui avait donné lieu à un mariage auquel ils devaient le jour; que d'ailleurs ils devaient naturellement retrouver les biens donnés dans la succession de leur mère; mais que, hors cette circonstance, et en rentrant dans notre hypothèse, le grand principe dont le législateur est parti, revient dans toute sa force : c'est alors une famille formée après la donation, qui lutte contre des étrangers; que la faveur du donateur a bien été l'objet principal de la loi, puisque les biens donnés doivent lui retourner personnellement; mais qu'en même temps on ne peut disconvenir qu'elle n'ait eu en vue l'intérêt de sa famille.

Je n'entends certainement pas opposer mon opinion à un arrêt de la Cour de cassation; je professe le plus grand respect, comme tous les citoyens, pour ses arrêts. Je sens aussi tout le poids de l'opinion du savant magistrat à l'avis duquel l'arrêt a été conforme. Cependant il peut être douteux que cet arrêt fasse décidément jurisprudence, parce qu'il a été rendu seulement sur ce que l'arrêt de la Cour royale de Poitiers *n'avait violé aucune loi*. On sait qu'il est possible qu'un arrêt soit contraire à l'esprit d'une loi, et que néanmoins il ne soit pas cassé, parce qu'il n'est pas contraire à la lettre. Il se peut que la jurisprudence ne soit parfaitement affermie que dans le cas où un arrêt qui aurait décidé dans un sens opposé, serait réformé. Et dès lors j'ai cru pouvoir exposer la difficulté qui s'élève sur cette importante question.

Au surplus, par cela seul qu'on connaîtra la tendance de cet arrêt à une jurisprudence différente de celle qui observait, il en résultera que ceux qui voudraient faire de

pareilles dispositions, y apporteront plus de prudence dès qu'ils en connaîtront mieux les suites.

J'examinerai dans la 2^e et dans la 3^e partie, s'il n'y a pas d'autres dispositions que la donation entre vifs proprement dite, qui puissent être révoquées par la survenance d'enfans.

De la manière dont s'opère la révocation par survenance d'enfans, et des effets qu'elle produit. — Elle a lieu de plein droit.

200. Après avoir expliqué les cas dans lesquels cette révocation a lieu, relativement à la donation entre vifs, je passe à la manière dont elle s'opère, et aux effets qu'elle produit. Notre législation actuelle est absolument conforme, à cet égard, à celle qui était établie par les art. 41 et suivans, jusques et compris l'art. 45 de l'ordonnance de 1731.

Il faut d'abord fixer ses idées sur la cause de cette révocation. La donation, dans le sens de la loi, renferme implicitement la condition que la donation n'aura point d'effet, s'il survient un ou plusieurs enfans au donateur. Cette condition implicite a le même effet que la condition expresse ; elle est résolutoire de sa nature. Mais il y a une différence importante entre cette condition résolutoire, et celle qui concerne les conventions ordinaires, dont il est parlé dans les articles 1183 et 1184 du Code. Dans le cas de ces articles, la résolution est subordonnée à la volonté de la partie intéressée. Mais en cas de survenance d'enfans, la résolution de la donation est opérée par le seul ministère de la loi, sans qu'elle doive être demandée. C'est pourquoi, au lieu qu'il est dit dans l'art. 1184 *que la résolution doit être demandée en justice*, on lit dans l'article 960, *demeureront révoquées de plein droit*. La condition dont il s'agit est donc une condition *résolutoire légale*.

La loi, art. 962, exige bien la notification au donataire de la naissance de l'enfant, ou de sa légitimation par mariage subséquent, mais c'est seulement pour donner lieu, à compter de cette notification, à la restitution des fruits, si le donataire est en possession des biens donnés.

Les biens rentrent dans le patrimoine du donateur, libres de toutes charges et hypothèques.

201. Par une suite de la nature de cette condition comme résolutoire, les biens compris dans la donation rentrent dans le patrimoine du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire, sans qu'ils puissent demeurer affectés, même subsidiairement, à la restitution de la dot de la femme de ce donataire, de ses reprises, ou autres conventions matrimoniales.

L'article 963 ajoute que cela aura lieu quand même la donation aurait été faite en faveur du mariage du donataire et insérée dans le contrat, et que le donateur se serait obligé comme caution, par la donation, à l'exécution du contrat de mariage. On vient de voir que toute renonciation à la révocation de la donation, par survenance d'enfants, est nulle, et il doit en être de même de cette clause prévue par la loi, parce qu'elle renfermerait indirectement cette renonciation.

Pour opérer la révocation l'enfant doit naître viable.

202. Il ne suffit pas, pour donner lieu à la révocation de la donation, que la femme du donateur soit devenue enceinte; il n'y a de révocation que par la naissance de l'enfant. Le législateur l'a entendu ainsi, en disant, art. 962, que la restitution des fruits aura lieu du jour de la notification *de la naissance de l'enfant*. Et de là même il se tire une conséquence importante; c'est que pour qu'il y ait lieu à la révocation, il est nécessaire que l'enfant naisse viable. La condition qui révoque est attachée à la naissance d'un enfant. Or, un enfant qui ne naît point viable, ne prend point de place dans la société. Il n'acquiert ni ne transmet aucun des droits qui émanent des lois civiles. La remarque en a été faite par tous ceux qui ont traité cette matière, et tout ce qu'ils ont dit est fondé sur la loi *Qui mortui*, 129, ff. *de verb. signif.* : *Nam qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur; quia nunquam liberi appellari potuerunt*. Je me suis expliqué sur ce qui con-

stitue la viabilité, dans cette première partie, chap. III, sect. I^{re}, n° 100, tom. I^{er} page 342.

La révocation a lieu principalement dans l'intérêt du donateur. — Le même donataire ne pourrait être gratifié que par une nouvelle disposition.

203. Il faut encore ne pas perdre de vue un autre principe important sur cette matière, et sur lequel on s'abuse aisément, qui est que ce n'est pas précisément dans l'intérêt de l'enfant que la révocation a lieu. Elle se fait principalement dans l'intérêt du donateur. Ce principe est très-bien établi par Furgole, *Question 16, sur l'ordonnance de 1751*. Il est bien vrai que la naissance des enfans après la donation, est comme l'événement de la condition qui fait résoudre la donation. Mais, dit l'auteur, quoique avec un peu trop de généralité, mais cependant avec vérité, pour la solution de la question qu'il traite, *leur intérêt et leur faveur particulière n'y entrent pour rien*. Ce qui prouve que la révocation se fait en vue du donateur, ce sont les termes de la loi *Si unquam* (qui est le type de notre législation), qui fait revenir les biens, non aux enfans, mais bien au donateur, pour en jouir et disposer à son gré : *Totum quidquid largitus fuerat revertatur, in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum*.

Ce principe une fois bien conçu, on ne sera pas étonné que l'effet de la donation ne doive pas dépendre de la survie des enfans du donateur à leur père; que la donation ne puisse revivre, ni par la mort de l'enfant du donateur, ni par aucun acte confirmatif, et que si le donateur veut donner les mêmes biens au même donataire, soit avant, soit après la mort de l'enfant par la naissance duquel la donation aurait été révoquée, il ne puisse le faire que par une nouvelle disposition, ainsi que le porte l'article 964.

Un simple acte de renonciation au droit que la révocation de la donation donnerait au donateur, serait sans effet, comme le simple acte confirmatif serait impuissant. On ne peut se dépouiller de ses biens à titre gratuit, que par une donation ou un testament. On ne peut confirmer une donation qui n'existe plus, *qui confirmat nihil dat*.

Conséquence des principes sur la révocation, à l'égard des tiers détenteurs et de l'enfant dont la naissance a révoqué la donation.

204. Il résulte évidemment de là, qu'après la révocation de la donation par survenance de l'enfant, le donateur ou ses héritiers peuvent revendiquer, contre les tiers détenteurs, les biens donnés, si le donataire les avait vendus; que le donateur peut donner les mêmes biens à un étranger, même du vivant de l'enfant dont la naissance a révoqué la donation, sauf son droit de réserve, et que si, lors de la mort du donateur, cet enfant se trouvait incapable de succéder, les biens donnés ne retourneraient pas au donataire, mais qu'ils passeraient aux héritiers du donateur.

Autre conséquence à l'égard des cessionnaires de créances comprises dans la donation.

205. Il se tire encore du même principe la conséquence que si la donation comprenait des créances qui eussent été cédées à des tiers par le donataire, elles pourraient être revendiquées par le donateur contre ces tiers, si elles existaient encore, quand même ces tiers seraient saisis par la notification qu'ils auraient fait faire de leurs cessions aux débiteurs.

Le cessionnaire n'a pas plus de droit que son cédant; et quoique, d'après l'article 1690 du Code, le cessionnaire soit saisi, à l'égard des tiers, par la signification du transport, néanmoins il est présumé avoir connu la donation qui faisait le titre de son cédant, et dès lors il a su que cette donation pouvait être révoquée par survenance d'enfants.

Mais si le débiteur s'était libéré envers le donataire ou son cessionnaire, avant la notification de la naissance de l'enfant, faite à ces derniers ainsi qu'au débiteur, la libération serait valable, sauf seulement le recours du donateur contre le donataire.

Telle est l'opinion de Lacombe, dans son commentaire

§ II.

DE LA RÉVOCATION DE LA DONATION POUR CAUSE D'IN-
EXÉCUTION DES CONDITIONS SOUS LESQUELLES ELLE A
ÉTÉ FAITE.

*Cette révocation est subordonnée à la volonté du donateur,
et doit être demandée en justice.*

209. La différence essentielle qu'il y a entre cette révocation, et celle qui arrive par survenance d'enfans, qu'il est important de saisir, dérive de ce que, dans le cas de survenance d'enfans, c'est la loi qui révoque. Le principe de la révocation tient à l'ordre public, ainsi que je l'ai fait observer ; et voilà pourquoi le donateur ne peut, directement ou indirectement, renoncer à la révocation opérée dans ce cas, ni avant qu'elle arrive, ni après. Lorsqu'elle est arrivée, il ne peut être dépouillé de son droit que par une nouvelle donation en règle.

Ici, au contraire, la donation n'est point révoquée dans l'intérêt de la loi, ou, ce qui est de même, de l'ordre public ; elle l'est seulement dans l'intérêt du donateur, et elle est subordonnée à sa volonté.

Ainsi, on peut dire que la donation n'est pas *révoquée* par l'inexécution des conditions, elle est seulement *révocable*. La révocation doit être demandée en justice, et elle est soumise aux tribunaux, d'après les faits articulés sur l'inexécution des conditions, art. 956 ; d'où il suit que le donateur a la capacité de renoncer à son droit, ou de traiter sur ce droit, ainsi qu'il lui plait.

Des effets de cette révocation.

210. Cependant, lorsque la donation est révoquée par la justice, les biens donnés rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire, art. 954, de la même manière que dans le cas de la révocation par survenance d'enfans. Cela doit

avoir lieu, même par rapport aux hypothèques de la femme du donataire, pour sa dot et ses reprises ou conventions matrimoniales, quoique l'art. 954 ne le dise pas expressément, comme l'article 963, qui est relatif à la révocation pour survenance d'enfans. Cela résulte du principe que la condition sous laquelle des engagements ont été contractés, n'étant pas remplie, la résolution des engagements s'opère de manière à mettre les parties au même état où elles étaient avant.

En un mot, l'effet de l'inexécution des donations faites sous conditions, est le même que l'effet de l'inexécution de tous autres engagements contractés aussi sous conditions; et les dispositions des articles 954 et 956 du Code civil, ne sont que des conséquences des articles 1183 et 1184, relatifs à la nature et à l'effet de la *condition résolutoire*, apposée dans les conventions en général.

§ III.

DE LA RÉVOCATION DE LA DONATION POUR CAUSE D'INGRATITUDE.

Cas où cette révocation peut avoir lieu.

211. La révocation de la donation pour cause d'ingratitude, peut être demandée dans trois cas :

1°. Si le donataire a attenté à la vie du donateur.

2°. S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves.

3°. S'il lui refuse des alimens. Art. 955.

C'est avoir ôté beaucoup à l'arbitraire, que d'avoir indiqué les cas dans lesquels la révocation pour cause d'ingratitude peut avoir lieu. Mais on sent que leur détermination peut encore tenir aux circonstances, qui doivent être pesées par les juges.

Du cas d'attentat à la vie du donateur. — Il suffirait que les jours du donateur eussent été en danger.

212. Par rapport au premier cas, il ne faudrait pas qu'il y eût un *attentat formel* de la part du donataire, il suffi-

rait qu'il eût employé *d'autres moyens par lesquels il aurait pu mettre les jours du donateur en danger*. C'est ce que disait M. Cambacérès, lors de la discussion au Conseil d'État.

La loi a mis une forte nuance entre les causes qui donnent lieu à la révocation de la donation pour ingratitude, et celles qui rendent indigne de succéder, et qui sont établies par l'article 727 du Code. Des causes moins graves ont suffi à l'égard du donataire, qui tient les objets de la bienfaisance du donateur, tandis que l'héritier en est saisi par la loi.

Du refus des alimens. — Ancienne jurisprudence sur le défaut de rétention d'usufruit de la part du donateur. — Réflexions sur cette cause de révocation, non applicable aux donations entre les ascendans et les enfans.

213. S'il y avait dans la donation la condition de fournir des alimens, en nature ou par équivalent, ce serait alors le cas de l'inexécution des conditions, et d'appliquer les principes relatifs à cette cause de révocation.

Lorsque la donation ne contient aucune convention à cet égard, c'était une question, sous l'ancienne législation, de savoir si la donation n'était pas nulle lorsqu'elle était générale et sans réserve, et qu'il n'y avait pas de rétention d'usufruit. Cette nullité était prononcée par l'article 42 du titre 14 de la Coutume d'Auvergne. Son objet était d'empêcher qu'un donateur, trop libéral, ne se réduisît à l'indigence. Plusieurs arrêts avaient jugé conformément à cette disposition, même dans les pays de droit écrit, ainsi qu'on peut le voir dans le commentaire de Chabrol, qui cite les auteurs qui s'en sont expliqués. *Contra bonos mores*, disait Fachineus, *et humanitatem est, aliquem in eum statum ponere, ut nihil prorsus habeat vel habiturus sit, adeoque infeliciter vivere debeat*.

Cependant, cette jurisprudence, qui est devenue étrangère à notre législation actuelle, a fait toujours matière à difficulté. Mais au moins est-il certain que le donateur qui tombait dans l'indigence, avait droit de demander au dona-

taire une pension, ou de faire retrancher la donation jusqu'à concurrence des alimens.

La législation nouvelle a fait, du refus des alimens, une cause de révocation pour ingratitude. Mais il est bien sensible que cette cause est, peut-être plus particulièrement que les autres, soumise à l'empire des circonstances.

Il serait difficile que les tribunaux ne fissent pas une différence entre la donation universelle absolue, et celle qui contiendrait une réserve en faveur du donateur ; entre la donation universelle, et celle d'une quotité seulement, ou même d'un objet particulier, surtout s'il était d'une valeur modique ; qu'ils n'eussent pas égard à la circonstance que le donateur eût retenu en son pouvoir des biens qu'il aurait dissipés après la donation. Enfin, le donataire pourrait encore être condamné au paiement d'une pension, sans que ce fût le cas de prononcer la révocation, parce que le droit du donateur pouvait être considéré comme litigieux, et que dès lors il pourrait ne pas y avoir précisément mauvaise foi de la part du donataire.

La révocation pour ingratitude doit être demandée, et dans quel délai. — Restriction pour le cas d'impossibilité physique.

214. La révocation pour ingratitude n'a point lieu de droit ; elle doit être demandée, comme celle pour cause d'inexécution des conditions, et par une conséquence des mêmes principes. Ce n'est pas tout : la demande doit être formée dans l'année, à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur. Art. 957. Suivant le même article, cette révocation ne pourra être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur contre le donataire, à moins que, dans ce dernier cas, l'action n'ait été intentée par le donateur, ou qu'il ne soit décédé dans l'année du délit.

Cependant, s'il y avait eu, par quelques circonstances, une impossibilité physique, qui eût empêché le donateur de former la demande dans l'intervalle de l'injure à sa

mort, on sent que l'action, de la part des héritiers du donateur, pourrait être admise, sans qu'il en résultât une violation de la loi. Pothier, *Introd. au tit. 15 de la Cout. d'Orléans*, n° 116, cite pour exemple le cas où le donataire aurait tué le donateur.

De la réconciliation intervenue depuis l'offense.

215. L'action dont il s'agit a une grande affinité avec l'action d'injure. En conséquence, il serait difficile de ne pas adopter ce que dit encore Pothier, que la réconciliation intervenue depuis l'offense devrait opérer une fin de non-recevoir contre l'action.

Des effets de la révocation pour ingratitude. — Elle ne préjudicie aux tiers que du jour de l'inscription de la demande, en marge de la transcription de la donation.

216. Il y a une grande différence entre les effets de la révocation pour cause d'ingratitude, et ceux de la révocation par survenance d'enfans, ou pour cause d'inexécution des conditions.

J'ai déjà dit que la révocation, dans ces deux derniers cas, tenait à une condition *résolutoire*, avec cette différence que, lorsqu'il s'agit de survenance d'enfans, cette condition opère son effet, l'événement étant arrivé, par le seul ministère de la loi, et que lorsqu'il est question de révocation pour l'inexécution des conditions, cet effet est entièrement subordonné à la volonté du donateur. Mais, dans ce cas même, la révocation étant prononcée par les tribunaux, donne lieu, comme dans l'autre cas, à la rentrée des biens donnés, libres des hypothèques imposées par le donataire, comme s'il n'y avait jamais eu de donation. Au lieu que la révocation pour cause d'ingratitude ne tient à aucune condition. Le législateur a bien pu l'introduire par un principe de morale, afin de punir ceux qui, par l'exemple de l'ingratitude, tendent à affaiblir des affections qui méritent d'être protégées; mais, dans ce motif même, elle a dû s'arrêter devant l'intérêt des tiers, avec d'autant plus de raison que l'action pour cause

d'ingratitude naît uniquement du fait du donataire, et que c'est un principe constant en droit, qu'aucun individu ne peut nuire par son fait au droit acquis à autrui sur ces biens. *Nemo enim ex alterius facto prægravari debet.* De là vient que, par rapport aux tiers, le donateur doit prendre les choses en l'état où elles se trouvent.

Ainsi, la révocation pour cause d'ingratitude ne préjudicie, ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation, pourvu que le tout soit antérieur à l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande en révocation, en marge de la transcription prescrite par l'article 939. Art. 958.

Suivant le même article 958, dans le cas de révocation, si, avant l'inscription dont il vient d'être parlé, le donateur avait aliéné les biens donnés, il doit être condamné à en restituer la valeur, eu égard au temps de la demande, et les fruits à compter du jour de cette demande.

La révocation pour ingratitude a-t-elle lieu en donation mutuelle ?

217. Il s'est élevé la question de savoir si la révocation pour cause d'ingratitude devait avoir lieu en donation mutuelle. Ricard avait soutenu la négative ; mais un arrêt du 18 décembre 1714 a jugé le contraire, et Pothier, n° 112, semble se rendre à l'autorité de cet arrêt. La raison est, dit cet auteur, que dans les donations mutuelles on doit présumer que c'est l'amitié que j'ai pour le donataire, qui est le principal motif qui m'a porté à donner, quoique l'espérance de profiter de celle qu'il me fait réciproquement y entre aussi pour quelque chose ; en quoi ces donations diffèrent des contrats aléatoires : c'est pourquoi elles exigent de la gratitude, et doivent être révocables lorsque le donataire manque à ce devoir.

Il est aisé de sentir combien cette opinion est susceptible de difficulté. La donation faite par celui des donateurs auquel on imputerait l'ingratitude, et qui subsisterait malgré la révocation de l'autre donation, est un moyen puis-

sant contre la demande à raison de son ingratitude; ou au moins une pareille demande ne pourrait réussir que par la force des circonstances.

Quid, en donation rémunératoire ?

218. Mais une donation rémunératoire ne pourrait être révoquée pour cause d'ingratitude, que jusqu'à concurrence de ce dont l'objet donné excéderait le prix des services. Ici reviennent les principes que j'ai développés, à cet égard, pour le cas de la révocation de la donation par survenance d'enfans.

*De l'ingratitude d'une femme mariée ou d'un mineur. —
De l'ingratitude personnelle du mari.*

219. De ce que le donataire serait dans une position à ne pas pouvoir aliéner, comme s'il s'agissait d'une donation faite à une femme en puissance de mari, ou à un mineur, il ne faudrait pas en conclure que le donataire ne pût, par l'effet de son ingratitude, donner lieu à la révocation de la donation.

Il s'agit ici d'une peine encourue par une espèce de délit, et cette peine doit être appliquée à tous ceux qui en sont jugés dignes. Le mineur ne pourrait donc échapper à la peine qu'en raison de ce que son âge, joint aux circonstances, pourrait le rendre excusable. Je crois, sur une matière sur laquelle la loi reçoit heureusement de rares applications, pouvoir renvoyer aux judicieuses réflexions faites par Ricard à ce sujet, partie 3^e, nos 679 et 680.

Mais l'ingratitude personnelle du mari ne peut nuire en aucune manière à la femme donataire. Elle ne peut même fournir un moyen pour que le donateur lui retire la jouissance qu'il peut avoir comme mari pendant sa vie. Tout est ici personnel, et la femme souffrirait du fait de son mari, même sous ce dernier rapport, parce que celui-ci pourrait ne plus être en état de soutenir les charges du mariage. Ricard, n° 676, adopte cette décision, sans donner le motif que je viens d'énoncer, qui me paraît plus décisif.

La donation en faveur de mariage n'est point révocable pour ingratitude. — De la donation contractuelle d'un époux à l'autre.

220. Enfin, d'après l'article 959 du Code, il ne doit pas y avoir lieu à la révocation pour cause d'ingratitude, de la donation faite en faveur de mariage. Je viens de dire que la peine de l'ingratitude naît uniquement du fait de celui à qui elle est imputée. Or, il serait injuste que ce fait nuisît, soit à l'autre conjoint, soit aux enfans nés ou à naître qui ont sans doute été des objets de considération, lors des conditions du mariage. La disposition de cet article 959 a mis fin à de grands débats parmi les auteurs, et une grande diversité de jurisprudence sur cette question, surtout lorsqu'il s'agissait de l'hypothèque pour la dot et les reprises de la femme du donataire, ce qui ne peut plus faire le sujet d'une contestation.

Il s'est élevé la question de savoir si la révocation de la donation, pour cause d'ingratitude, devait avoir lieu, non pas seulement lorsque la donation était faite en faveur d'un des conjoints, ou des deux, par leur contrat de mariage, mais encore lorsque la donation était faite aussi en contrat de mariage, par l'un des conjoints en faveur de l'autre.

La raison de douter est que, lorsque dans l'article 959 du Code civil, il est dit : « Les donations en faveur de mariage » ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude; » on doit entendre par ces mots, *en faveur de mariage*, la seule donation faite par un tiers au profit ou de l'un des conjoints, ou des deux, et non la donation faite par l'un d'eux à l'autre.

Mais le motif qui peut faire décider contre la révocation de la donation, pour cause d'ingratitude, dans ce dernier cas, est que, dans la généralité de ces expressions, *les donations en faveur de mariage*, on peut comprendre les donations faites par l'un des conjoints à l'autre, comme celles qui leur sont faites, soit à l'un, soit aux deux, par des tiers; qu'une telle donation est présumée avoir été provoquée et déterminée à raison du mariage; qu'elle en a été une condi-

tion ; qu'elle doit si bien être regardée comme une donation faite en faveur de mariage, qu'elle a des privilèges particuliers que n'ont pas les autres donations, soit quant aux formes, soit relativement au fond et à la nature de la disposition ; qu'enfin la révocation de la donation, pour cause d'ingratitude, étant une exception à la règle de l'irrévocabilité des donations, et la loi établissant en principe que les donations faites *en faveur de mariage*, sont affranchies de la révocation pour cause d'ingratitude, cette latitude s'étend à la donation en question, dès qu'il n'y a point de limitation.

C'est ce qui a été jugé par la Cour royale de Toulouse, par un arrêt du 11 avril 1809, infirmatif d'un jugement du tribunal de Foix. On trouve cet arrêt dans le Recueil de Denevers, an 1809, page 184, au *supplément*. On y voit encore d'autres motifs que ceux sur lesquels je viens de me fonder :

« Que le législateur a si peu entendu distinguer entre ces
» deux espèces de donations (celle faite en faveur des con-
» joints, et celle faite par l'un des conjoints à l'autre), qu'en
» disposant, dans l'article 960, que la survenance d'enfans
» révoque toutes les donations entre-vifs, à l'exception de
» celles faites en faveur de mariage par autres que par les
» ascendans aux conjoints, *ou par les conjoints l'un à l'autre*, il place, comme l'on voit, ces deux donations sur la
» même ligne, *et comme faites l'une et l'autre en faveur de*
» *mariage*, ce qui ne permet pas de supposer que, dans
» l'article précédent, il ait entendu faire de distinction ;
» qu'antérieurement au Code civil, les donations par con-
» trat de mariage n'étaient pas exemptes de la révocation
» pour cause d'ingratitude, mais que cette jurisprudence
» est abrogée par l'article 959 du Code ; qu'aujourd'hui
» l'ingratitude n'est en aucun cas, une cause suffisante pour
» autoriser la révocation d'une institution contractuelle ;
» seulement l'époux qui a institué contractuellement l'autre
» époux, peut, pour cause d'excès, de sévices ou injures
» graves, faire cesser l'effet de son institution, en poursuivant et faisant prononcer son divorce ; qu'en effet la loi
» a été conséquente avec elle-même, lorsqu'elle a eu soin

» de mettre les sévices et injures graves au nombre des
 » causes qui doivent déterminer le divorce, en y attachant
 » la perte des avantages résultant du contrat de mariage, et
 » que, de l'autre elle a déclaré que les donations, en faveur
 » de mariage, ne seraient pas révocables pour cause d'in-
 » gratitude; que s'il en était autrement sous l'empire des
 » lois anciennes, c'est parce que ces lois n'admettaient pas
 » le divorce;

» Que l'époux donataire aurait pu être ingrat impuné-
 » ment, tandis que dans la législation actuelle cette ingrat-
 » tude ne peut avoir lieu qu'autant qu'il n'est pas dans la
 » volonté de l'époux donateur d'user du seul moyen que la
 » loi lui laisse, volonté que ses héritiers doivent respecter;
 » Qu'il résulte de ces principes que, dans l'espèce, les
 » premiers juges auraient dû rejeter l'action en révocation
 » de la donation contractuelle, et qu'ainsi ils sont contre-
 » venus à l'article 959 du Code civil, en admettant les
 » demandeurs à la preuve des faits par eux avancés, et sur-
 » tout en prononçant la révocation de la donation pour
 » cause d'ingratitude. »

[On sent que, d'après l'abolition du divorce, quelques-
 un des motifs donnés par la Cour royale de Toulouse pour-
 raient devenir inutiles pour l'avenir. Mais les autres motifs
 de l'arrêt, et ceux que nous'avions déjà développés, nous
 portent à persister dans notre opinion.]

SUITE DE LA JURISPRUDENCE

relative aux donations entre vifs. (Voyez le 1^{er} volume, page 554.)

Nous avons, à la suite du chapitre 1^{er} (1^{er} vol., pag. 253), fait connaître la législation tant ancienne qu'intermédiaire et donné la conférence des deux Codes (pag. 257 et 259). Nous avons cru devoir rapporter (pag. 453) plusieurs décisions ministérielles qui ont acquis, en matière de donations, l'autorité de la chose jugée, et ensuite (pag. 457) nous sommes entrés dans le domaine de la jurisprudence. Nous allons continuer cette importante matière qui est une des plus compliquées de la législation civile.

XXX. L'usufruit coutumier était un droit attaché par les coutumes au contrat de mariage, qui s'acquerrait par le mariage même, et *à raison des charges y annexées et ainsi à titre onéreux*, sous la condition de survie, tellement que l'un des époux ne pouvait en priver l'autre sans son consentement ou intervention contraire. — Ce droit d'usufruit ne pouvait, d'après

les coutumes, être considéré comme faisant l'objet d'une *donation*, qui consiste dans une libéralité dépendante de la volonté seule de celui qui l'exerce, *nullo jure cogente*. — En conséquence, l'art. 922 du Code civil, en tant qu'il requiert la réunion fictive des donations pour déterminer la partie disponible, ou la réserve, n'est pas applicable. (*Arrêt de la Cour de cassation de Bruxelles, du 24 juin 1816.*) Nous parlerons avec plus d'étendue de cet arrêt, lorsque nous rapporterons, au chapitre des avantages entre époux, des arrêts célèbres qui ont été rendus dans la même affaire, les 4 messidor an 12, 15 juin 1814, et 16 février 1819.

XXXI. Un acte notarié portant donation entre vifs, qui ne contient pas la mention que les parties ont signé, est nul. Si, dans la crainte sur la validité de cet acte, les parties déclarent par un second, passé dans les formes légales, qu'elles renouvellent et approuvent la donation, qui est textuellement insérée dans cet acte postérieur, ce dernier acte n'est point simplement confirmatif, mais il vaudra comme donation refaite. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 11 janvier 1822.*) Cet arrêt n'est fondé que sur les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventose an 11, et sur la dernière partie de l'art. 1339 du Code civil dont il a fait une juste application; mais il est conforme à la doctrine de *Dumoulin*, qui a été développée avec tant de talent par *d'Aguesseau* dans son 26^e plaidoyer, doctrine d'après laquelle tout acte confirmatif est un nouveau titre, lorsqu'il a pour but de faire disparaître les vices d'un premier acte, quand même on emploierait dans le dernier le mot *confirmation*.

XXXII et XXXIII. La reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux peut-elle être opposée pour recevoir les donations que lui a faites l'auteur de la reconnaissance? Jugé affirmativement par la Cour de Liège et négativement par celle de France.

Par son arrêt du 31 décembre 1823, la Cour de Liège a considéré que la disposition par laquelle l'auteur de la reconnaissance a institué ses enfans pour ses légataires, contient aussi la déclaration qu'il les a reconnus pour ses enfans naturels; d'où l'on doit inférer que ce n'est qu'en cette qualité qu'il les a appelés à sa succession; que, d'après les actes de l'état civil produits, il est constant et reconnu que le testateur ne pouvait être le père desdits enfans, sans qu'il en résultât en même temps la preuve qu'ils seraient nés d'un commerce adultérin; qu'il en résulte qu'ils ne peuvent recueillir le bénéfice de l'institution faite à leur profit, soit à défaut de volonté du testateur, soit à défaut de capacité comme ses enfans adultérins.

La Cour de cassation de France, par son arrêt du 9 mars 1824, qui casse celui rendu par la Cour royale de Nancy, a considéré que l'art. 762 s'applique aux espèces où, par la force des choses et des jugemens, la preuve de la filiation adultérine ou incestueuse est acquise en justice; que cet article est évidemment sans application dans le cas d'une simple reconnaissance que la loi proscriit d'une manière absolue; que, dans l'espèce qui lui était soumise, nonobstant la reconnaissance de *Bataille*, l'état de *Gengout* était demeuré incertain; que dès lors *Gengout* était, d'après la loi, étranger audit *Bataille*, et avait, sous ce rapport, dû être considéré comme ayant capacité pour recevoir les dons et avantages indirects qui lui ont été faits.

On observe sur cette diversité de jurisprudence, que les auteurs ne sont

pas plus d'accord sur ce point que les Cours de justice. Les partisans de l'opposition négative ont à leur tête *Chabot*, et ceux de l'opinion contraire, *Mr Merlin*. Il eut été à désirer, pour l'honneur de la législation et le repos des familles, que le nouveau Code eût fait cesser cette lutte judiciaire par une disposition expresse; mais il ne s'est expliqué à cet égard que pour les dispositions testamentaires; de manière que la question peut rester encore long-temps soumise à la controverse.

XXXIV. La disposition de la loi *si unquam*, 8^e, au Code, de *revocandis donationibus*, n'est pas applicable à une donation faite par une personne engagée dans les liens monastiques. — En considérant même cet acte comme un contrat *do ut des*, la loi romaine ne peut lui être appliquée, parce qu'elle est absolument étrangère à un contrat de cette nature. — D'après la jurisprudence généralement admise, la succession d'un profès s'ouvrait au profit de ses héritiers, au moment de sa profession religieuse; ainsi, il était, dès cet instant, censé mort civilement, quant à la transmission de tous ses biens, d'où il résulte, que toute aliénation ou transmission de biens quelconques, faite antérieurement à la profession religieuse, en faveur d'un tiers, devenait irrévocable par l'émission des vœux monastiques, tout comme elle le serait devenue, si le cédant fût mort effectivement. (*Arrêt de la Cour de Liège.*)

XXXV. Une donation entre vifs est nulle, pour défaut de mention de la signature du donateur et des témoins. — Elle ne peut pas même valoir comme acte sous seing-privé. — L'exécution volontaire d'une pareille donation ne peut pas en couvrir la nullité. (*Arrêt de la Cour de cassation de France.*) Cet arrêt rendu avant celui que nous avons rapporté sous le n^o 31, est fondé sur les mêmes principes, c'est-à-dire, sur les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventose an 11 qui n'ont fait que renouveler les dispositions de l'art. 34 de l'ordonnance d'Orléans, et de l'art. 165 de celle de Blois; et ces principes, que nous avons dit être d'accord avec ceux de *Dumoulin* et de *d'Aguesseau*, n'ont pas été altérés par l'avis du conseil d'état du 16 juin 1810, qui, en déclarant que la nullité ne s'étend pas au défaut de la mention de la signature du notaire à la fin de l'acte, la laisse nécessairement subsister pour défaut de la mention de la signature, soit des parties, soit des témoins. Les dispositions des art. 931 et 1081 du Code civil étaient un obstacle à ce que cet acte pût être regardé comme acte sous signature privée, puisqu'elles exigent que tous actes portant donations entre vifs soient passés devant notaires, et qu'il en reste minute, sous peine de nullité. — Comme l'arrêt précité, celui-ci fait aussi une juste application des art. 1338 et 1339, dont le premier, concernant la confirmation ou ratification volontaire des obligations, lesquelles, aux termes dudit article, emportent la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre ces actes, est inapplicable aux donations entre vifs, dont l'art. 1339 ne permet au donateur de réparer les vices par aucun acte confirmatif, et exige absolument qu'elles soient refaites en la forme légale. La confirmation ou ratification dont est question en cet article 1339 s'entend ainsi, et à bien plus forte raison, de l'exécution qui n'est qu'une confirmation tacite bien moins formelle, par conséquent, que l'acte même de confirmation ou ratification avec les énonciations prescrites par la loi: ce qui est expliqué clairement

par l'art. 1340 qui admet la confirmation, ratification ou exécution volontaire de la part des héritiers ou ayant cause du donateur, après son décès, lorsqu'elle provient de leur fait, après avoir exigé par l'article précédent, à l'égard du donateur, que la donation soit refaite en la forme légale. Nous voyons avec plaisir que la doctrine des anciennes ordonnances et des plus célèbres jurisconsultes, adoptée par le Code civil, est consacrée par deux Cours qui honorent les deux royaumes, par leur esprit d'équité et par leurs lumières.

XXXVI. L'acte par lequel un individu constitue une *pension viagère au profit de ses domestiques, en récompense de leurs bons et loyaux services*, doit être assimilé à une donation proprement dite, en ce sens, qu'il est nul à défaut d'acceptation de la part des gratifiés. — On peut opposer à celui qui revendique les effets d'une donation faite à son profit qu'elle est nulle, pour défaut d'acceptation de sa part, d'après le principe qu'on ne peut être forcé d'accepter une libéralité *malgré soi*. — Si la pension est réversible entre les gratifiés jusqu'au dernier vivant, l'acceptation expresse de l'un d'eux ne peut profiter aux autres, qu'autant qu'il aurait un mandat exprès de leur part, ou qu'ils auraient ratifié son acceptation. — La réalisation de l'acte constitutif de la pension viagère, ne peut emporter *soit la ratification de l'acceptation expresse, soit une acceptation tacite*, qu'autant qu'elle serait opérée à la requête de chacun de ceux qui réclament les arrérages de cette pension. En d'autres termes : pour la validité d'un acte de réalisation, il est indispensable que ceux au profit de qui le dévestissement a lieu y interviennent pour le requérir et l'accepter; et il en est de même d'une condamnation volontaire, requise par le porteur de l'acte, en vertu du mandat spécial et irrévocable inséré dans l'acte. — Des inscriptions hypothécaires, requises en vertu de l'acte de constitution, pour *sûreté des arrérages de la pension, et au nom de tous les pensionnaires*, n'emportent acceptation tacite, qu'autant qu'il est prouvé, *autrement que par les bordereaux*, qu'elles ont été requises par les créanciers y désignés. En d'autres termes : la loi ne prescrivant pas la signature des bordereaux, et permettant, *sans exiger de procuration*, que ce soit un tiers qui se présente pour faire opérer l'inscription, on peut considérer l'inscription comme *non requise par le créancier*, si la preuve n'en est pas *autrement* rapportée; *même alors que ce créancier ou ses ayant-cause, subrogés dans cette inscription, en réclament l'effet*. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 26 novembre 1823.*) Cet arrêt est fondé sur ce que l'ancienne législation exigeait, comme la législation actuelle, le concours des deux volontés, celle du donateur et celle du donataire, pour constituer un acte de donation obligatoire, soit que cet acte imposât des obligations mutuelles, et que sous ce rapport il ne pût, ainsi que tous les autres contrats, exister sans le consentement des deux parties, soit qu'il ne contiât qu'une disposition purement rémunératoire, parce qu'étant de principe qu'on ne peut être forcé d'accepter une libéralité malgré soi, la volonté du donataire de vouloir en profiter, n'en est pas moins requise pour la perfection de l'acte; d'où il suivait que, l'acceptation étant de l'essence de la donation, aussi long-temps que le donataire n'avait pas manifesté la volonté d'accepter, le donateur n'était encore tenu envers lui par aucun lien de droit, et pouvait, à son gré, chan-

ger de volonté ; que, partant, l'acte de donation était jusque là imparfait, puisqu'il manquait du caractère principal qui lui est propre, celui de l'irrévocabilité, sans laquelle la donation n'a pas d'existence réelle. Ces principes établis par la législation romaine, ont été développés dans ce sens par les meilleurs commentateurs, notamment par *Stockmans*, *Voët*, et par notre auteur *M. Grenier*, qui, en traitant de cette matière, sous la législation actuelle, a rappelé les lois anciennes sur lesquelles elle est fondée.

XXXVII. De ce que les créances sont des effets mobiliers, il ne s'ensuit pas que la propriété en puisse être transmise par *simple don manuel*. (*Arrêt de la Cour de cassation de France*.) La Cour a confirmé l'arrêt, sans le fonder sur les motifs de droit, mais uniquement sur le refus fait de communiquer les objets qui composaient le don, pour savoir s'ils étaient de nature à pouvoir être transmis par don manuel.

XXXVIII. Le Conseil-d'état, dans les ci-devant Pays-Bas antrichiens, n'avait pas le pouvoir d'accorder des lettres de légitimation. De secondes lettres de légitimation, valablement accordées, peuvent être considérées comme ayant un effet rétroactif, en telle sorte que des donations faites antérieurement par un père à son enfant naturel, ainsi que les coutumes de Flandre le permettaient, ne soient censées faites que *per anticipationem successionis*, et par suite se trouvent soumises à la clause fidéi-commissaire des lettres de légitimation qui, pour le cas où le légitimé n'aurait pas de descendance légitime, lui interdisait de disposer par acte entre vifs ou de dernière volonté, des biens par lui recueillis dans la succession de son père. — L'action revendicatoire de la part des parens qui auraient été appelés à recueillir ces biens a pu être dirigée contre les syndics des créanciers du légitimé, quoique ces derniers les eussent déjà vendus, d'autorité de justice, long-temps avant l'action. — La prescription trentenaire contre les vices des donations susmentionnées, résultant du défaut de déshéritance ou adhéritance, ou du serment de non amortisation, n'a cours que du jour du décès du donataire. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 27 novembre 1823.*)

XXXIX. La donation des fonds que le donateur a dans une maison de banque ou de commerce, opérée par le simple transfert sur les biens de cette maison, de l'ordre du donateur et au profit du donataire, est valable. — La perception, par le donataire, des intérêts de ces sommes, est une acceptation suffisante. — (*Arrêt de la Cour de La Haye, du 9 janvier 1824.*) Sous le n° 37 nous avons rapporté un arrêt qui juge le contraire à l'égard d'un portefeuille donné manuellement. Les deux Cours se trouvaient à la vérité placées dans des positions différentes. On avait refusé de mettre celle de France dans le cas de juger si les effets contenus dans le portefeuille étaient de nature à constituer un don manuel, au lieu que, dans l'espèce jugée par la Cour de La Haye, le disposant, associé d'une maison de commerce à Rotterdam, avait, à sa sortie de cette maison, laissé sur le livre de compte une somme considérable, s'en réservant la libre disposition, et qu'ensuite il avait donné l'ordre à cette maison de transporter sous le nom des donataires, trois fois 66,000 florins, qui figuraient sous son propre nom sur le livre de compte, et que ce transport avait eu lieu conformément à son intention formelle. La Cour a pensé 1^o, en fait, que par là il s'était opéré

une transmission de propriété d'objets mobiliers, et que la maison de commerce avait été, à concurrence de la somme transportée, libérée vis-à-vis du grand-père des donataires, tandis qu'elle était devenue au même instant débitrice de ceux-ci ; 2° en droit, que la législation actuellement en vigueur n'exige pas, pour la validité de toute donation indistinctement, que la preuve tant de la donation que de son acceptation résulte d'un acte notarié ; qu'il suffit à cet effet, pour les donations d'objets mobiliers, que la tradition réelle en ait eu lieu ; que le transport et l'acceptation de la somme ci-dessus, dans une maison de commerce, équivalaient à la tradition réelle et devaient être tenus pour telle, et qu'ainsi les donations en question étaient valables indépendamment d'actes notariés.

XL. La donation d'un immeuble grevé d'une rente foncière, faite postérieurement à cette mobilisation, a transmis l'immeuble au donataire, affranchi du service de la rente foncière, et celle-ci demeure la dette mobilière et personnelle du donateur ou de ses héritiers, contre lesquels le donataire aurait son recours en garantie, s'il était obligé de payer la rente par suite de l'action hypothécaire. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 8 novembre 1824.*)

XLI. Une pension alimentaire constituée par acte entre vifs, en faveur d'une servante presque septuagénaire, et qui a servi successivement les parents et leur fille, est révocable pour survenance d'enfants, quand même la fille déclarerait vouloir en cela remplir la volonté de ses père et mère. (*Arrêt de la Cour de cassation de Bruxelles.*) Cet arrêt qui a été rendu après une discussion très-savante de part et d'autre, n'est fondé que sur l'art. 960 du Code civil, qui comprend toutes donations, à quelque titre qu'elles aient été faites, quand même elles seraient rémunératoires. Il est conforme à la doctrine de Ricard et de Pothier, qui ont pensé que ces sortes de donations étaient, comme le don mutuel, soumises à la révocabilité. Il est conforme à la jurisprudence française, et aussi à celle de la Cour de Bruxelles qui déjà avait suivi les mêmes principes dans un arrêt du 11 juillet 1810. Du reste, on a puisé de forts argumens dans la loi romaine *si unquam*, Cod. de revocandis donat., et on l'a opposée avec succès à d'autres lois dont on n'avait pas bien saisi l'esprit, et dont on faisait par conséquent une fausse application, notamment celle 27 ff. de donationibus.

XLII. La donation, à titre particulier et onéreux, que le locataire d'un bien de béguinage cédé au domaine a faite à ses successibles, peut servir de fondement à la prescription en faveur de ceux-ci. (*Arrêt de la même Cour, du 10 novembre 1824.*)

XLIII. Le légataire de la quotité disponible, qui est en même temps héritier, n'est pas fondé à demander que, pour déterminer cette quotité, ses co-héritiers rapportent fictivement ce qui leur a été donné en avancement d'hoirie. — Ce rapport ne doit pas même avoir lieu, si le testateur avait ordonné que la quotité disponible serait réglée, comme si ce qu'il avait déjà donné par avancement d'hoirie se trouvait encore dans sa succession. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 8 décembre 1824.*) Cet arrêt est fondé sur ce qu'aux termes de l'art. 896 la donation entre vifs régulièrement acceptée, dépouille irrévocablement celui qui l'a faite ; qu'ainsi, en principe général et sauf les exceptions expressément établies par la loi,

les choses données entre vifs ne font plus partie de la succession du donateur ; d'où il résulte que, quels que soient les termes dans lesquels est conçu un testament, le legs qu'il fait par préciput du quart de tous les biens ne peut comprendre que le quart des biens dont le testateur était saisi à son décès, et qui composaient réellement sa succession ; qu'en vain on opposerait les art. 857 et 992 concernant, soit le rapport, soit la réunion fictive à la succession des biens donnés en avancement d'hoirie, puisque, d'une part, le rapport n'est dû que par l'héritier à son co-héritier, et qu'il n'est pas dû par le légataire, alors même qu'à cette qualité il réunit celle d'héritier, et la loi l'exprime en termes généraux qui n'admettent aucune exception à cet égard ; puisque, d'autre part, la réunion fictive ne peut également avoir lieu qu'au profit des héritiers à réserve et sur leur propre demande.

Cette grande question a été très-controversée, et a donné lieu à des arrêts différens. Les Cours de cassation de France, et royales de Limoges, Nîmes, de Toulouse, ont adopté la jurisprudence consacrée par l'arrêt précité. Les Cours de Bruxelles, d'Agén, de Bordeaux, ont admis la jurisprudence contraire. Celle d'Agén, par arrêt du 1^{er} juin 1824, est revenue à l'opinion de la Cour de cassation ; et la Cour de Toulouse reste dans l'incertitude.

XLIV. Sous l'empire des chartes du Hainaut, l'acte par lequel, sans l'intervention de deux parens ou amis, et à l'intervention de ses enfans, une veuve partageait entre ceux-ci des biens à elle appartenant, avec déclaration qu'elle abandonnait tous droits de propriété, et même d'usufruit à ces biens, présentait le vrai caractère d'une donation entre vifs, et ne devait pas être considéré comme un avis viduel. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, de 1825.*) Cet arrêt fait remarquer d'une manière très-lumineuse la différence qu'il y avait entre les avis viduels, et l'acte en question qui n'en avait ni la forme, ni la teneur, ni les effets.

XLV. L'acte par lequel un père déclare faire donation entre vifs et irrévocable à sa fille, d'une somme d'argent exigible seulement à l'époque du décès du donateur ou de celui de son épouse, sans intérêt et avec la clause que : *la donataire pourra en jouir de ce jour, faire et disposer comme bon lui semblera, le donateur s'en désaisissant à son profit irrévocablement,* doit être considéré comme donation entre vifs. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 25 mars 1825.*) On voulait appliquer à l'espèce l'avis du Conseil-d'état du 22 décembre 1809, mais l'arrêt fait remarquer avec raison que cet avis n'est relatif qu'aux seules donations des biens présents et à venir qui sont réglées par d'autres principes, tandis que la disposition qui était soumise à la Cour, acceptée à l'instant par la donataire, constituait évidemment une transmission actuelle, effectuée et irrévocable de la somme donnée, sans que la circonstance que l'exigibilité de cette somme était suspendue jusqu'au décès du donateur et de son épouse, ni que celle du défaut de paiement des intérêts ou de stipulation d'aucune garantie, pût changer en rien le caractère de cette donation, attendu que ces circonstances accessoires étaient distinctes et indépendantes du droit de propriété acquis à la donataire du jour du contrat.

XLVI. La donation entre vifs au même individu de l'objet qui lui avait été déjà légué, mais sous des conditions autres que celle de la donation,

constitue une aliénation emportant révocation du legs. — Bien qu'une donation se trouve nulle à défaut d'acceptation, la clause révocatoire d'un testament antérieur, contenue dans cette donation, doit avoir son effet. (*Arrêt de la même Cour, du 25 avril 1825.*) La Cour royale de Corse avait bien reconnu en point de droit, que la donation entre vifs était une aliénation, et, en fait, que la donation qui lui était soumise comprenait la totalité des biens mentionnés au legs universel; mais elle n'avait vu dans cet acte qu'une révocation implicite du legs, d'après cette considération, que le légataire et le donateur étaient une seule et même personne, quoique le testament et la donation n'eussent pas été faits sous les mêmes charges et conditions; c'était, ainsi que la Cour l'a observé, une violation de l'art. 1038 du Code civil.

XLVII. Un mot surchargé dans une donation, doit être réputé non existant, et par suite, une donation dans laquelle le mot surchargé, *six* ou *seize*, précède les mots *mille francs*, doit être réduite par le juge à mille francs, bien que la surcharge ne puisse s'apercevoir qu'à l'aide d'une loupe, et qu'à l'œil nu, on lise distinctement le mot *six*. — Le notaire n'est responsable de cette réduction que pour autant qu'il serait prouvé que la volonté du donateur était de donner *six* mille francs, et que c'est par le fait du notaire qu'elle a eu lieu. (*Arrêt de la même Cour, du 25 juillet 1825.*) A la loi 1^{re} ff. de his que in testamento delentur, la Cour a opposé le principe que l'acte authentique ne fait foi des sommes qu'il énonce que lorsqu'il n'y a pas d'altération sur les mots qui les expriment.

XLVIII. Les art. 945 et 953 du Code civil, et divers autres, reconnaissent que des donations entre vifs peuvent être faites sous des charges. — S'il peut y avoir quelque doute pour décider si, en raison de la qualité des charges, une donation doit être considérée comme une rente, cette appréciation, qui dépend de l'examen et de l'interprétation des clauses des actes et de l'évaluation des charges, n'est point dans les attributions de la Cour de cassation, et appartient exclusivement aux Cours royales. (*Arrêt de la même Cour, du 23 novembre 1825.*)

Plusieurs jurisconsultes nous ayant exprimé le désir de connaître les principaux arrêts, et les décisions les plus importantes en matière d'enregistrement des donations, nous allons rapporter par ordre chronologique, ce qui, sous ce rapport, nous a paru présenter le plus d'intérêt.

XLIX. La stipulation dans un contrat d'acquisition, faite par un mari et sa femme, que l'objet acquis appartiendra en totalité au survivant, ne doit pas être considérée comme une donation éventuelle, passible du droit fixe de 3 fr., et, à l'événement du décès, le survivant n'est pas tenu d'acquitter, sur la moitié qu'il recueille à ce titre, le droit de succession. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 11 germinal an 9.*)

L. Dès qu'une donation entre vifs a été acceptée, le donataire est saisi: le droit proportionnel est dû non-seulement pour la donation, s'il n'a pas été acquitté, mais encore pour la renonciation, si elle a lieu. — La répudiation d'une donation librement acceptée et devenue irrévocable, produit en effet une nouvelle mutation sujette au droit proportionnel: c'est une résolution volontaire qui a la libéralité pour principe; c'est une nouvelle donation qui opère le même droit que la première. (*Arrêt de la même Cour, du 22*

frimaire an 11.) L'affaire ayant été renvoyée devant le tribunal d'Auch, pour statuer sur le fond, ce tribunal adopta, quoiqu'en d'autres termes, les principes du premier jugement. En conséquence, arrêt solennel, toutes les sections réunies, le 9 juin 1806. Cet arrêt qui fait autorité est ainsi conçu : « Attendu que toute donation régulièrement faite et acceptée est, de sa nature, irrévocable; que, par la tradition, le donataire a été investi de la propriété, et que, par l'acte de répudiation qui a eu lieu postérieurement, et qui a tout l'effet d'une rétrocession, cette propriété a passé au profit du donateur; que celui-ci n'en pouvait être ressaisi sans cet acte; que par là il y a eu double mutation de propriété. — Attendu que les raisonnemens du tribunal d'Auch ne sont applicables qu'à la faculté que le donataire a de se dégager des dettes, en répudiant la donation; mais qu'il n'en est pas moins constant qu'il y a eu une transmission de propriété par la remise que le donataire a faite de l'immeuble donné, après avoir accepté et consommé ainsi la première mutation sur sa tête; qu'on ne peut confondre le cas d'une répudiation d'un héritier ou d'un légataire au sujet d'une succession ou d'un legs, avec celui d'une répudiation d'une libéralité acceptée; dans le premier, l'héritier et le légataire n'ont rien recueilli; ils ne cèdent rien; dans l'autre, au contraire, le donataire a été approprié de son consentement, et il s'exproprie par la répudiation. — Attendu que la loi du 22 frimaire an 7 soumet au droit proportionnel toute transmission de propriété de biens immeubles, et que l'art. 68, qui comprend dans la classe des actes sujets au droit fixe de 1 fr., les abstentions et répudiations de successions, legs ou communautés, ne parle pas de répudiations de donations acceptées; qu'ainsi en jugeant l'acte dont il s'agit, sujet à un droit fixe, au lieu de le déclarer sujet au droit proportionnel, le jugement attaqué a violé l'art. 4, tit. 1^{er} de la loi du 22 frimaire an 7, et fait une fausse application de l'art. 68, tit. 10, § 1^{er}, n^o 1^{er} de la même loi : la Cour casse, etc. — La jurisprudence établie par cet arrêt a été confirmée par d'autres arrêts que la même Cour a rendus le 28 juillet même année, et le 9 juin précédent.

LI. Les donations éventuelles faites par contrat de mariage ou autrement, sont soumises à déclaration dans les six mois du décès des instituans. (*Arrêt de la Cour de cassation, du 19 pluviôse an 11.*)

LII. Tous les actes de libéralité (donations éventuelles) dont les dispositions n'ont pu engendrer le droit proportionnel de mutation au moment où ils ont reçu la formalité, doivent faire le sujet d'une déclaration, à l'époque de l'accomplissement des événemens qui ont fait différer la perception. — Ainsi le donataire de biens dont le donateur pourrait disposer de son vivant doit, au décès de ce dernier, fournir la déclaration des effets de cette donation, puisque le donateur a conservé jusque là la libre disposition de ses biens. (*Arrêt de la même Cour, du 20 frimaire an 14.*)

LIII. Lorsque, dans un acte de transmission à titre gratuit, il a été fait une évaluation de biens, l'administration jouit du délai de deux années, à compter du jour de l'enregistrement du contrat, pour former la demande en expertise. L'art. 17 de la loi du 22 frimaire qui veut que l'expertise soit requise dans l'année, n'est relatif qu'aux actes faits à titre onéreux; l'art. 19 qui admet également l'expertise pour les transmissions consenties

à tout autre titre ne fixant pas, comme l'art. 17, le délai dans lequel l'expertise doit avoir lieu, il faut recourir à la disposition générale de l'art. 61, d'après lequel il y a prescription après deux années, pour la demande des droits, s'il s'agit d'une fausse évaluation dans une déclaration, et pour la constater par voie d'expertise. Cette disposition est particulièrement applicable au cas d'une donation entre vifs, qui ne contient, en effet, sur l'évaluation de biens, qu'une simple déclaration des parties. (*Arrêt de la même Cour, du 26 février 1812.*)

LIV. L'art. 896 s'applique aux substitutions conditionnelles comme aux substitutions pures et simples; ainsi est nulle une substitution faite pour le cas où le premier institué décéderait célibataire. (*Arrêts de Rouen et de Nîmes, des 11 et 24 août 1812.*) Ce dernier arrêt juge aussi que l'art. 896 s'applique aux substitutions créées avant le Code, si le testateur qui les a créées n'est décédé que depuis le Code; et pour rapprocher la nouvelle législation de l'ancienne que nous venons de citer, nous dirons que, par arrêt de la Cour de La Haye, rendu le 23 février 1821 dans la même espèce que les deux arrêts ci-dessus, il a été jugé que les anciens fidéi-commis, prohibés par le Code actuel et qui, créés avant son introduction, passent maintenant au substitué, sont passibles du droit de succession établi par la loi du 27 décembre 1817.

LV. Tout contrat, aux termes de l'art. 1106 du Code, est à titre onéreux, lorsqu'il assujétit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose; en conséquence, on doit comprendre dans les contrats de cette nature la démission de biens faite par une mère en faveur de ses enfans, sous la réserve d'une jouissance viagère sur les biens personnels des cessionnaires: dans ce cas, l'administration ne peut être admise à prouver autrement que par la voie de l'expertise que la déclaration de la valeur des biens désignés dans la démission est inexacte et insuffisante. (*Arrêt de la même Cour, du 2 décembre 1812.*) Nous allons intervertir l'ordre des dates pour rapporter une décision qui se rattache aux démissions de biens.

LVI. Lorsqu'un ascendant vend un immeuble à l'un de ses descendans, moyennant un prix convenu, pour lequel il stipule une rente viagère à son profit et, le paiement de la moitié du prix, après sa mort, à un autre descendant, il n'y a pas dans cet acte démission de biens au profit de ce dernier. Par conséquent il n'y a pas lien au droit proportionnel, indépendamment de celui de vente. (*Décision du 4 février 1822.*)

LVII. La renonciation faite à une succession en faveur d'un tiers acquéreur opère une vente ou une donation, selon qu'elle est faite à titre onéreux ou gratuit, et ne dessaisit point de la qualité d'héritier. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 17 août 1815.*)

LVIII, LIX et LX. Il n'y a pas lieu à l'expertise des biens compris dans une donation entre vifs, lorsque les donataires prétendent qu'un bail authentique invoqué par l'administration, pour constater la fausse évaluation, a été résilié. On ne peut pas non plus admettre la preuve par témoins, lorsqu'aucun écrit antérieur à la demande de l'administration n'existe pour servir de commencement à cette preuve. (*Arrêts de la Cour de Liège, du 21 novembre 1816, de la Cour de cassation de Bruxelles, du 18 juillet 1818, et de la Cour de cassation de France, du 7 février 1821.*)

La Cour de Liège a consacré cette jurisprudence, même pour le cas où l'immeuble est abandonné par le locataire et dans un état de détérioration.

LXI. Un contrat contenant donation d'immeubles par une mère à ses enfans, et l'obligation solidaire par les enfans de payer à leur mère une pension viagère déterminée, est un contrat à titre onéreux ; s'il y a lieu de requérir l'expertise des immeubles évalués dans l'acte, la demande doit être formée dans l'année du jour de l'enregistrement, en conformité de l'art. 17 de la loi du 22 frimaire an 7. (*Arrêt de la Cour de cassation, du 20 janvier 1817.*)

LXII. On doit considérer comme donation entre vifs, passible du droit proportionnel, l'acte par lequel le donateur stipule que la somme donnée ne sera payable que six mois après son décès, si d'ailleurs il se reconnaît débiteur de cette somme, et s'il fait courir les intérêts du jour de la donation. (*Arrêt de la Cour de cassation, du 22 avril 1817.*)

LXIII. Une donation faite à charge par le donataire de payer à un tiers une rente viagère ne rentre pas dans la classe de transmission à titre onéreux et l'administration a deux ans pour exercer son recours, en cas d'insuffisance dans l'évaluation des biens. (*Arrêt de la Cour de Liège, du 28 novembre 1818.*) La Cour a considéré que, dans la donation qui lui était soumise, il y avait bien translation de propriété de biens immeubles, mais qu'elle n'était pas à titre onéreux, 1^o parce que les donateurs s'étaient dépouillés uniquement et simplement, en faveur des donataires, de la propriété de tous les immeubles compris dans l'acte de donation ; 2^o parce qu'ils n'avaient imposé auxdits donataires aucune charge ou obligation au profit d'eux donateurs ; 3^o parce que la constitution d'une rente viagère, non au profit desdits donateurs, mais au profit du frère des donataires, ne changeait pas la nature de la donation à l'égard des donateurs qui donnaient gratuitement à l'un la rente viagère et aux autres les immeubles, puisque cette constitution n'est en elle-même qu'une seconde donation qui diminue bien la valeur de la première, mais qui ne la transforme pas en contrat à titre onéreux.

LXIV. Une donation d'immeubles faite par une mère à sa fille, à condition qu'elle ne répètera rien de la somme qu'elle lui avait constituée en dot, doit être considérée comme transmission à titre onéreux, et par suite l'administration peut requérir l'expertise des biens, suivant le § 6, de l'art. 15 de la loi du 22 frimaire an 7 et l'art. 17 de la même loi. (*Décision du 22 avril 1822.*)

LXV. La charge imposée au fils, dans la donation que son père lui fait, de payer une somme à chacun de ses frères et sœurs, ne peut pas être considérée comme une donation mobilière donnant lieu à un droit particulier, indépendamment de celui perçu sur la donation. (*Décision du 3 janvier 1824.*)

LXVI. Lorsqu'il y a lieu à transcription d'une donation, le délai ne court qu'à compter de l'expiration de celui fixé pour l'enregistrement, non de la donation, mais de l'acte d'acceptation. (*Décision du 4 août 1824.*)

SECONDE PARTIE.

DU TESTAMENT.

Division de cette partie.

221. J'EXPLIQUERAI, dans cette partie, en autant de chapitres particuliers, les principes qui sont relatifs,

1°. Aux différentes espèces de testament, et à leurs formes;

2°. Aux différentes espèces de legs, aux obligations et aux droit des légataires;

3°. Aux exécuteurs testamentaires;

4°. A la révocation des testamens et à leur caducité.

CHAPITRE PREMIER.

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE TESTAMENT, ET DE LEURS FORMES.

Définition du testament. — Acception des mots voluntatis justa sententia, dans la définition donnée par le droit romain.

222. LA loi donne une définition commune à toute espèce de testament.

« Le testament, est-il dit dans l'art. 895 du Code civil, » est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps » où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et » qu'il peut révoquer. »

Ainsi, le caractère propre du testament est de ne porter que sur les biens que le testateur laisse en mourant, et de pouvoir être révoqué jusqu'à la mort; ce qui est bien différent de la donation entre vifs, qui saisit le donataire à l'instant, et qui est irrévocable.

Les Romains avaient ainsi défini le testament : *Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*. Loi 1^{re}, ff. *qui testam. fac. poss.*

Quelques auteurs, du nombre desquels est Ricard, ont pris ce mot *justa*, dans le sens que les dispositions du testament devaient avoir un caractère de justice, sans lequel elles pouvaient être réformées; c'est ce qu'il a dit surtout en parlant de l'action *ab irato*, qu'il admettait contre le testament, et sur laquelle je me suis expliqué dans la première partie, chap. III, sect. VI, § II.

Mais en se guidant par les plus anciens et les plus savans interprètes du droit romain, par ce mot *justa*, on a voulu exprimer l'observation des formes nécessaires pour que la disposition eût la vigueur du testament. C'est ce qu'on voit surtout dans Denis Godefroi, sur la loi ci-dessus rapportée, et dans Pérésius, sur le livre 6 du Code de Justinien, tit. 23, n° 1^{er}. *Id est, solemniter facta secundum regulas juris in suo genere, puta ut testamentum, non ut alius actus absolutè.*

On peut qualifier ses dispositions d'institution d'héritier, de legs, ou de toute autre dénomination.

223. On doit encore faire une remarque essentielle, qui s'applique à toutes sortes de testamens; c'est qu'il est indifférent qu'on qualifie ses dispositions d'*institution d'héritier* ou de *legs*. Il y avait autrefois des différences notables entre ces deux qualifications. Ainsi, en droit écrit, d'après la disposition des lois romaines, un testament devait nécessairement contenir l'institution ou la nomination d'un héritier; c'est ce qui en faisait le fondement. L'héritier institué seulement en partie devait néanmoins avoir la totalité. L'enfant légitimaire devait être institué héritier pour l'objet particulier qui lui était délaissé. C'est ce que j'ai expliqué dans le Discours historique, où j'ai rappelé l'ancienne législation sur les testamens, sect. II, § I^{er}, et sect. VIII.

Toutes ces dispositions, qui tenaient à d'anciens usages des Romains, qui depuis bien long-temps devaient nous être

étrangers, ont enfin disparu de notre législation. On a cru devoir toujours permettre la disposition sous le nom d'*institution d'héritier*, par égard pour les anciennes habitudes, contre lesquelles on ne se serait pas élevé sans inconvénients. Mais il est indifférent que l'on qualifie celui à qui on fait des dispositions, d'*héritier* ou de *légataire*. En matière de testament, les mots *donner*, *instituer héritier*, *léguer*, deviennent par eux-mêmes sans conséquence; l'objet essentiel est que la disposition soit claire et précise. Tel est le résultat de l'article 967, où il est dit : « Toute personne pourra » disposer par testament, soit sous le titre d'*institution d'héritier*, soit sous le titre de *legs*, soit sous *toute autre* » *dénomination* propre à manifester sa volonté. » Disposition que l'on retrouve dans la seconde partie de l'art. 1002.

Ce qui détermine la différence des droits et des obligations des institués héritiers ou légataires, c'est, d'un côté, la modification que reçoit la disposition, selon qu'elle est faite par forme de quote, ou à titre singulier, et d'un autre côté, le concours de celui qui est l'objet de la disposition, avec les héritiers du sang, auxquels la loi affecte une réserve, ainsi que cela sera expliqué dans la suite.

Autres observations préliminaires : 1° le mot testament n'est pas nécessaire dans une disposition à cause de mort. — 2°. Les formes du testament ne peuvent être établies par des preuves extrinsèques. — 3°. Plusieurs personnes ne peuvent tester par le même acte.

224. Il y a quelques autres observations préliminaires à faire.

1°. Pour la validité d'une disposition à cause de mort, il n'est pas nécessaire que l'acte qui la contient, porte la mention que le disposant a entendu faire un *testament*. Ce mot peut ne pas se trouver dans la disposition, sans qu'elle soit viciée, pourvu toutefois que les formes voulues pour le testament aient été observées. En effet, il faut juger les actes par leur substance; et si le disposant a fait un acte qui, par son intention et par la nature de cet acte, ne puisse être qu'un testament, on est forcé d'y voir un testament, et il

suffit qu'il soit revêtu de toutes les formes exigées par la loi pour un pareil acte.

C'est d'après ce principe que, par arrêt de la Cour royale de Riom, en date du 6 mai 1809, rapporté dans le Recueil de *jurisprudence du Code*, page 99 du 14^e volume, il a été jugé qu'une disposition testamentaire olographe était valable, en quelques termes qu'elle fût conçue.

Il s'agissait d'une disposition olographe faite le 12 mai 1782, par Marie-Anne Nozerine, en ces termes : « Je tiens » quittes les enfans mineurs de défunt mon frère Julien » Nozerine de tous mes droits, tant en revenus qu'autres » droits, à la charge par eux de donner 1,000 liv. à mon » droit frère Jean Nozerine, et celle de 400 liv. aux religieuses de la Visitation de Brioude, laquelle somme ne » sera payée que dans trois années à compter du jour de » mon décès, et 300 liv. à Félix Nozerine, chanoine de » Billom, et 300 livr. à chacun de mes frères du second » lit, laquelle somme leur sera payée, sans retenue, trois » années après mon décès : telle est ma volonté. — Fait à » Brioude, le 12 mai 1782, dans la cuisine de la maison » que nous occupons ensemble. — Signé Marie-Anne Nozerine la tante. »

Plus de trois ans après le décès de Marie-Anne Nozerine, un de ses frères du second lit a formé contre Pierre Nozerine, fils et héritier de Julien, une demande en paiement de 300 liv.

Pierre Nozerine a soutenu que l'acte sur lequel la demande était fondée, n'avait point le caractère d'une disposition testamentaire, et ne pouvait point être exécuté comme tel.

Le tribunal civil de Brioude, par un jugement que la Cour royale de Riom a confirmé, a condamné Pierre Nozerine au paiement réclamé, « attendu que le codicille du 12 » mai 1782, et enregistré à Brioude le 1^{er} nivôse an 13, est » revêtu de toutes les formes voulues par la loi pour la validité des dispositions à cause de mort; qu'il énonce l'époque du paiement des libéralités qui y sont contenues, » après le décès de la donatrice, et que dès lors ladite disposition doit être maintenue. »

Il est cependant bon de remarquer à ce sujet un arrêt de la Cour de cassation, du 6 thermidor an 13, qu'on trouve dans le Recueil de Denevers, volume de l'an 13, page 73 du *Supplément*.

Dans l'espèce de cet arrêt, Marie Prévôt, veuve Lions, avait écrit de sa main un acte ainsi conçu :

« Le 2 mai 1801, 12 floréal an 9 de la République française.

» Le petit Jean Renou, je lui donne la maison qu'occupe
 » madame Gerry sur la Place; pendant quatre ans le revenu
 » est donné aux pauvres; je lui donne en outre la maison
 » des Saitres, perpétuellement, sans rien démarrer; le jar-
 » din, le passage des Ragels, sera remis à la maison; deux
 » arpens de terre aux Tertres rouges; douze doucelées de
 » terre contre chez Durand; un arpent trente chainées de
 » terre aux Lous; vingt chainées de pré aux Cintrées.

» Signé *M. Prévôt, veuve Lions.* »

Ce testament fut vivement attaqué. Le tribunal civil de St. Calais en ordonna l'exécution, en le considérant comme un testament olographe; mais la Cour royale d'Angers jugea la négative, et le pourvoi en cassation contre l'arrêt de cette Cour fut rejeté.

Mais cet arrêt ne paraît rien préjuger sur la question que je viens de présenter. Ce qui déterminait les arrêts de la Cour royale d'Angers et de celle de cassation, c'est que l'acte fait par la veuve Lions était conçu de manière qu'on ne pouvait distinguer si elle avait voulu faire une donation entre vifs ou un testament. La Cour royale d'Angers avait dit en effet dans ses motifs, « que cet écrit ne renfermait
 » dans son contexte aucune expression qui caractérisât une
 » donation testamentaire, et le distinguât d'une donation
 » entre vifs, et que par conséquent il ne pouvait produire
 » aucun effet. » Or, c'est ce qu'on ne peut dire dans les cas où l'on voit l'intention manifeste de faire une disposition à cause de mort.

2°. Le testament doit porter avec lui la preuve que les formalités exigées pour sa validité, ont été remplies. Ces

formalités tiennent à la solennité du testament, et ont été requises pour s'assurer davantage de la volonté du testateur. Des preuves extrinsèques de leur observation ne seraient donc pas admissibles. Aussi voit-on que le Code civil, en réglant les formes des testamens, exige la mention expresse de celles qu'il établit, art. 972 et suiv.

Si l'on avait besoin d'autorités à l'appui de ce principe, on pourrait citer un arrêt de la Cour d'appel de Gênes, du 18 juillet 1809, qui a annulé un testament fait à Gênes, le 1^{er} novembre 1804, parce que la testatrice n'avait pas fait précéder sa signature de la formule *Quod ille dictavit et recognovit*, exigée expressément par les lois au Dig. de *lege Corneliâ de falsis et de senatusconsulto Liboniano*, pour les legs faits à celui qui avait écrit le testament, et qui n'aurait été ni le fils, ni l'esclave du testateur. Le prêtre Buedo, légataire, qui avait écrit le testament, offrait la preuve de faits desquels il prétendait faire résulter que la testatrice avait réellement dicté, lu et approuvé les dispositions par elle faites. La Cour d'appel de Gênes ne s'est pas arrêtée à cette offre, sur le motif que la formule, *Quod ille dictavit et recognovit*, était une des formalités requises pour la solennité du testament, et que cette formalité ne pouvait être établie par des preuves extérieures et extrinsèques. On trouve l'arrêt de la Cour d'appel de Gênes dans le recueil de Denevers, vol. de 1810, page 10 du *Supplément*, et dans le *Recueil de jurisprudence du Code*, page 187 du 13^e volume.

3^e. Deux ou plusieurs personnes ne peuvent tester par le même acte, soit pour disposer au profit d'autres personnes, soit pour se faire des dispositions réciproques : le testament serait nul pour toutes sortes de dispositions. Art. 968. C'est aussi ce qu'avait voulu l'article 77 de l'ordonnance de 1735, en disant : « Les testamens ou codiciles mutuels ou » faits conjointement, etc., » ce qui comprenait clairement les deux cas énoncés dans cet article 968.

Le motif de la loi a été de faire cesser les difficultés qui s'élevaient avant l'ordonnance de 1735, sur l'exécution des dispositions, qui consistaient à savoir si, lorsque l'un des

testateurs révoquait ses dispositions, celles de l'autre étaient, ou non, révoquées de plein droit, ou si l'un venant à décéder sans avoir changé ses dispositions, l'autre était, ou non, autorisé à changer les siennes.

[*Observations nouvelles et arrêts sur les termes qui peuvent ou non constituer un testament.*]

[224. *bis.* La jurisprudence relative aux cas où l'on peut douter si les termes dont on s'est servi dans un acte, suffisent, ou non, pour constituer un testament, objet dont nous nous sommes occupés dans la première partie du n° précédent, vient de recevoir une extension qu'il est indispensable de connaître.

Les principes posés par l'arrêt de la Cour de cassation, du 6 thermidor an 13, cité dans le n° précédent, se retrouvent dans un autre arrêt de la même Cour, du 5 février 1825, qui est rapporté par Sirey, vol. 23, 1^{re} partie, page 227.

Dans l'espèce de cet arrêt, le sieur Hébert avait fait un acte écrit en entier, daté et signé de sa main, et conçu en ces termes : « Je donne à Marie-Catherine le François tout » ce que je possède au Faulq. Ce 31 août 1818. » Cet acte fut considéré par le juge de paix comme un testament olographe; il fut présenté au président du tribunal de première instance, qui, reconnaissant aussi dans cet acte tous les caractères d'un testament, en ordonna le dépôt chez un notaire. Les héritiers du sang en demandèrent la nullité, soit comme donation entre vifs, en ce qu'il n'était pas revêtu des formes requises, soit comme testament olographe, en ce qu'il ne contenait aucune expression qui manifestât de la part du sieur Hébert, l'intention de disposer pour le temps où il n'existerait plus, d'après l'idée donnée du testament, par l'article 895 du Code civil.

Un jugement du tribunal de Pont-l'Évêque déclara ce testament nul. Ce jugement fut confirmé par un arrêt de la Cour royale de Caen, qui doit être connu, parce qu'il renferme les vrais principes qui doivent diriger pour la décision de la question.

« Considérant que le Code civil ne reconnaît que deux moyens de disposer de ses biens à titre gratuit, savoir, la donation entre vifs et le testament; que la donation entre vifs est définie par l'art. 894, un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte; que l'article 895 définit le testament, un acte par lequel le testateur dispose pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer; que de là il suit que, pour qu'un acte de libéralité puisse être considéré comme testament, il est indispensable que l'auteur de cette libéralité dispose pour le temps où il ne sera plus; que l'acte de libéralité dont Marie-Catherine le François réclame le bénéfice, comme acte testamentaire, est conçu en termes qui sont tous au présent; que l'auteur de l'acte ne donne pas ce qu'il laissera ou ce qu'il possèdera lors de son décès; qu'il donne ce qu'il possède actuellement; qu'il ne dispose donc pas pour le temps où il n'existera plus; qu'ainsi cet acte n'est pas un testament..... »

Il y eut pourvoi contre cet arrêt. Nous croyons inutile de rapporter les moyens qu'on fit valoir à la Cour de cassation; il suffit de faire connaître l'arrêt de cette Cour.

« La Cour, attendu que la Cour royale de Caen n'a vu, dans l'acte du 31 août 1818, dont il s'agit, rien qui caractérise un testament olographe, et qu'en jugeant que cet acte n'est pas valable comme testament, quoiqu'il ait été écrit, daté et signé de la main de son auteur, cette Cour n'a violé ni l'art. 970 du Code civil, ni la disposition d'aucune loi; — REJETTE, » etc.

Il résulte de cet arrêt deux conséquences très-remarquables; la première, que pour qu'une disposition puisse être admise comme disposition testamentaire, il faut que, sous quelque rapport qu'on la considère, on ne puisse y reconnaître autre chose qu'un testament, *id quod est, et non aliud*, ainsi que le disent les docteurs; la seconde, que la question de savoir si l'on doit voir, ou non, dans l'acte une disposition testamentaire, étant nécessairement subordonnée à une interprétation, il est difficile que la déci-

sion, quelle qu'elle soit, puisse donner prise à la cassation, pourvu toutefois que les formalités extrinsèques prescrites par la loi, concourent avec le contenu en l'acte pour constituer un testament.]

Le testament produit au décès du testateur, doit être exécuté, quelque ancien qu'il soit. — Sept espèces de testament.

225. Enfin, le testament, quelque ancien qu'il soit, doit toujours être exécuté, lorsqu'il est produit au décès du testateur. Un pareil acte n'est, sous aucun rapport, susceptible de prescription : il tient sa force de la présomption de persévérance de volonté de la part du testateur, qui fait considérer le testament comme fait immédiatement avant le décès. Il n'y a d'exception, à ce sujet, que pour certains testaments privilégiés, dont la durée, relativement à leurs formes, est limitée par la loi, tels que les testaments militaires et ceux qui sont faits en temps de peste.

Dans le droit romain, suivant la loi 6, au Code Théodosien, *de testamentis*, un testament était censé révoqué après dix ans de sa date. Mais cela fut changé par Justinien, dans la loi 27, au même titre du Code. Justinien en donne cette raison : *Quod enim non mutatur, quare stare prohibetur ?* La loi 1^{re}, ff. *de poss. sec. tab.*, était déjà conçue dans ce sens, et cette règle a toujours été suivie en France.

Après ces observations générales, je passe aux diverses espèces de testaments; elles sont au nombre de sept, savoir :

- Le testament olographe;
- Le testament par acte public;
- Le testament mystique ou secret;
- Le testament militaire;
- Le testament fait en temps de peste;
- Le testament fait sur mer;
- Le testament fait en pays étranger.

SECTION PREMIÈRE.

DU TESTAMENT OLOGRAPHE.

Forme de ce testament. — Motifs de l'écriture, de la signature, de la date. — Des dispositions additionnelles.

226. CE testament est celui qui mérite la plus grande confiance. C'est le testateur qui lui-même y consigne ses volontés. Son étymologie grecque le désigne comme un testament écrit entièrement par le testateur. Il suffit qu'il soit écrit, en entier, daté et signé de la main du testateur. Il n'est assujéti à aucune autre forme. Art. 970. L'article 20 de l'ordonnance de 1735 était conforme.

Voici les motifs des formalités que je viens d'indiquer.

1°. L'écriture de la main du testateur est nécessaire, parce qu'une disposition écrite d'une main étrangère, quoique signée par le testateur pourrait n'être pas écrite avec fidélité et être susceptible de changement.

2°. Une disposition écrite par le testateur, et non signée par lui, ne peut être regardée que comme un projet. Le seing manuel seul met le sceau à l'acte.

3°. Sans la précaution de la date, on ne saurait, dans le concours de plusieurs testamens olographes, quel est celui qui a été fait le dernier, et qui par cette raison doit prévaloir. Il est bien entendu qu'il n'y a de vraie date que par l'énonciation du jour, du mois et de l'année, et cette date peut être énoncée en chiffres, ainsi que l'a jugé la Cour royale de Nismes, par arrêt du 20 janvier 1810, rapporté dans le Journal de Denevers, vol. de 1810, page 75 du *Supplément*. Cependant il est prudent de ne pas mettre la date en chiffres, pour prévenir les altérations.

Si un particulier, après avoir fait un testament olographe, qu'il aurait daté et signé, faisait de nouvelles dispositions au bas de cet acte, sans les dater, ces dispositions seraient nulles.

Cela a été ainsi jugé par un arrêt de la Cour de cassation, du 12 mars 1805, rendu dans l'espèce qui suit :

Un particulier, nommé Majainville, avait fait un testament olographe, le 11 avril 1796; postérieurement il ajouta neuf nouvelles dispositions à ce testament. Il signa et ne data point les sept premières, mais il signa et data les deux dernières, du 18 septembre 1801. Le testateur enveloppa cet acte, il signa, mais ne data point la suscription. Il décéda en l'an 12.

On demanda la nullité des dispositions qui ne portaient point de date : cette nullité fut prononcée en première instance; mais la Cour d'appel de Metz réforma ce jugement.

Il y eut pourvoi contre l'arrêt, qui fut cassé par la Cour de cassation, sur le fondement que la date du testament étant une formalité extrinsèque de cet acte, dont la loi (on se fondait sur la Coutume de Metz, l'ordonnance de 1735, et la disposition du Code) exige l'observation sous peine de nullité, on ne pourrait, comme l'avait fait la Cour d'appel de Metz, suppléer à une omission, par des considérations prises de l'intention plus ou moins apparente du testateur. Cet arrêt est rapporté dans le Recueil de jurisprudence du Code civil, tome 6, page 469.

[*Nouveaux développemens nécessaires sur les dispositions additionnelles.*]

[226 bis. Nous avons senti la nécessité de quelques développemens nouveaux, pour se former une véritable idée de l'état auquel peut être réduite la question qui est traitée dans le n° précédent. La Cour royale de Metz, par son arrêt du 12 mars 1806, dont nous n'avions pas cru devoir rapporter les termes, qu'on peut voir d'ailleurs dans l'arrêtiste, s'était décidée pour la validité des dispositions additionnelles au testament, par voie de raisonnement ou d'interprétation sur la valeur que devaient avoir les dates apposées aux deux dernières dispositions, en les rapprochant des sept premières qui étaient seulement signées comme ces deux dernières, mais non particulièrement da-

tées, et on doit convenir que les raisonnemens sur lesquels cette Cour s'était fondée, étaient de la plus grande force.

Cependant la Cour de cassation avait décidé la question dans un tout autre esprit.

« Considérant dans l'espèce, porte l'arrêt de cette Cour, que la date du 11 avril 1795, apposée aux premières dispositions testamentaires du défunt Majainville, ne peut s'appliquer aux articles qui sont écrits à la suite de la même date; que parmi les dispositions de ces articles, il ne s'en trouve que deux (celles relatives aux legs des billets de la caisse Lafarge), auxquelles le testateur ait appliqué expressément la date postérieure du 1^{er} jour complémentaire de l'an 9; qu'ainsi, toutes les autres dispositions du testateur, intermédiaires entre la date du 11 avril 1795, et celle du 1^{er} complémentaire an 9, se trouvent *sans date*, et sont, par conséquent, nulles; que la date du testament étant une formalité *extrinsèque* de cet acte, dont la loi exige l'observation, sous peine de nullité, on ne peut, comme l'a fait la Cour royale de Metz, suppléer à une omission, par des considérations prises de l'intention plus ou moins apparente du testateur; d'où il suit qu'en validant indistinctement et sans exception toutes les dispositions testamentaires du défunt Majainville, la Cour royale a violé les articles 970 et 1001 du Code civil; CASSE. »

Décider ainsi, c'était rejeter les raisonnemens, c'était exclure *toutes considérations prises de l'intention plus ou moins apparente du testateur*, pour s'en tenir à la disposition stricte et littérale de la loi, qui exige que tout testament olographe soit daté, à peine de nullité.

C'est sous le rapport de cette sévérité même que nous entendions présenter l'état de la jurisprudence sur la question; car nous avouons qu'il nous paraissait être dans les principes, qu'on ne se relâchât pas facilement de la disposition textuelle de la loi sur une pareille matière.

Mais nous avons remarqué une note très-importante à ce sujet, mise par M. Toullier sur la 2^e édition du Droit civil français, tome 5, page 345, à la suite du numéro 371.

Cet auteur qui, comme nous, paraissait s'en être tenu à la citation de l'arrêt de la Cour de cassation, du 12 mars 1806, en observant néanmoins que cet arrêt pouvait être cité comme un exemple de la sévérité qu'on porte dans le jugement des testamens, apprend que cette Cour a elle-même abandonné cet esprit de sévérité. L'arrêt qui avait cassé celui de la Cour royale de Metz, avait renvoyé l'affaire à la Cour royale de Nancy. Cette dernière Cour avait jugé comme celle de Metz, par un arrêt du 11 juin 1807; et le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par la section des requêtes, sur le rapport de M. Bazire, le 7 mars 1808. Le motif du rejet fut que le droit d'interpréter l'intention des parties, appartenait aux Cours royales, et que l'usage de ce droit ne pouvait être un moyen de cassation, puisqu'aucune loi n'est violée. M. Toullier rapporte les considérans de l'arrêt, qui, dit-il, ont été vérifiés par M. Ruperon, conseiller à la Cour de cassation.

« Attendu que si la phrase qui, dans le testament dont il s'agit, précède immédiatement la date du cinq complémentaire an 9, contient des expressions qui paraissent restreindre cette date à quelques dispositions dudit testament, elle contient d'autres expressions, et notamment celle-ci, *de mon présent testament*, qui paraissent étendre la même date à toutes les dispositions qui la précèdent; d'où il suit que la Cour royale de Nancy, a pu, dans l'espèce, donner au sens que présentent les dernières expressions, la préférence sur le sens que paraissent présenter les autres, sans contrevenir aux art. 970 et 1001 du Code civil : par ces motifs, la Cour rejette, etc.

Nous n'avons vu nulle autre part que dans la note de M. Toullier, ces détails qui sont précieux, sur les suites qu'avait eues l'arrêt de la Cour royale de Metz, du 12 mars 1806. Mais il est bon de connaître un autre arrêt de la même Cour, du 12 juillet 1806, rendu sur une question du même genre : il est rapporté par Sirey, vol. de 1819, 2^e partie, pag. 69.

Le sieur Blandin fit son testament olographe, le 27 septembre 1811. Après la date et la signature du testament, il

ajouta diverses dispositions qu'il est inutile de rapporter ici, et pour lesquelles il suffit de renvoyer au Recueil où est l'arrêt. Le testateur signa bien ces dernières dispositions, *mais il ne les data pas*. Les héritiers du sang demandèrent la nullité des dispositions additionnelles, sur le fondement qu'il ne suffisait pas que le testateur les eût signées, qu'il aurait dû les dater. Cette nullité fut prononcée par le tribunal de Thionville; mais sur l'appel de ce jugement, il fut infirmé. En voici les motifs :

« Attendu que cet acte est entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur, qui paraît avoir ajouté, au même instant, les clauses postérieures à la date, signées de sa main, et dont l'une n'est relative qu'à l'exécution de son testament, et les autres n'ont pour objet que des dispositions simples, naturelles, d'une modique valeur, toutes tendantes à un règlement équitable de la part du père de famille, clauses, de leur nature, irréfragables, et qui, lorsqu'elles ne se lieraient pas avec celles qui forment le corps du testament (dont elles ne peuvent être séparées, tant qu'on ne découvrira pas qu'elles y ont été ajoutées après un intervalle quelconque), ne commanderaient pas moins le respect des enfans du testateur. »

On aperçoit ici une interprétation plus large que dans le premier arrêt, du 12 mars 1806. En effet, il fallait encore plus faire plier la disposition littérale de la loi sous les raisonnemens, pour appliquer la date du testament aux dispositions additionnelles, qui par elles-mêmes n'en avaient aucune.

Quoi qu'il en soit, on s'est vu ramené, et peut-être par la force même des choses, à la nécessité d'user de voies interprétatives, des moyens de raisonnemens, dans les cas dont il s'agit. Cette marche n'était pas nouvelle en jurisprudence : on voit, en effet, dans le Répertoire de M. Merlin, 4^e édition, au mot *Testament*, sect. 2^e, § 1^{er}, art. 6, n^o 5, des exemples de manières d'interpréter, dans la vue de prouver que des dispositions additionnelles à un testament devaient être considérées comme devant avoir une date, quoiqu'il n'y en eût pas, dans un sens absolu. On voit

surtout un de ces exemples qui se rapproche des cas dont il s'agit, dans l'espèce d'un arrêt de l'ancien parlement de Paris, du 19 juillet 1782. Cet arrêt valida des dispositions additionnelles non datées, mais par suite d'une connexité qui se trouvait entre ces dispositions et une autre qui avait une date. Un arrêt précédent, du 16 février 1760, avait décidé le contraire, parce qu'il y avait moins de connexité et moins de dépendance d'une disposition non datée, relativement à celle qui l'était. Pour abréger, nous ne rapportons point les espèces, sur lesquelles on peut consulter le Répertoire.

On est forcé de convenir qu'il serait dur d'annuler une disposition additionnelle au testament, sur le fondement qu'une date ne suivrait pas immédiatement la signature qui y serait apposée, si des circonstances combinées conduisaient nécessairement à la preuve qu'une date dût être appliquée à cette disposition additionnelle.

Mais nous devons dire aussi qu'on doit être infiniment circonspect sur l'admission d'une pareille conclusion, et qu'on ne doit se décider qu'autant qu'une sage interprétation conduit à la démonstration certaine d'une date; sans cela on courrait le risque de violer une loi dont l'objet est de donner une existence certaine à des dispositions testamentaires.

Lorsqu'un testateur veut ajouter des dispositions à la suite de son testament, il doit dater et signer chacune de ces dispositions; si elles sont écrites en même temps, quoiqu'à la suite l'une de l'autre, il est indispensable qu'il assure leur existence collectivement, par une date et par une signature qui évidemment puissent se rapporter à l'ensemble de ces dispositions : ce sont les seuls moyens de ne pas compromettre le sort des dispositions additionnelles.]

La mention du lieu où le testament a été fait n'est pas nécessaire; mais elle peut être utile.

227. L'article 20 de l'ordonnance n'avait pas exigé qu'il fût fait mention dans le testament olographe, du lieu où il avait été fait. Néanmoins cette question s'était élevée. Mais

d'après l'opinion la plus générale, cette mention n'était pas nécessaire : on doit encore porter le même jugement ; et c'est ainsi que la question a été jugée par l'arrêt de la Cour royale de Nîmes, du 20 janvier 1810, que je viens de citer au n^o précédent (226). On ne doit point ajouter aux formalités prescrites par la loi, et on ne peut appliquer à un tel acte une formalité que la loi sur le notariat, art. 12, exige seulement pour les actes reçus par les notaires, et que le Code civil, art. 1322 et suiv., ne prescrit point pour les actes sous seing privé, en général.

Cependant l'expérience a appris que, selon les différentes manières dont un testament peut être attaqué, s'il n'est pas nécessaire, il est au moins utile de faire mention du lieu où le testament olographe a été fait.

De la mention de la signature.

228. De même, quoique d'après l'article 970, il puisse suffire que le testament olographe soit signé par le testateur, sans qu'il y soit fait mention que le testateur l'a signé, ce qui, en conséquence de l'article 14 de la loi sur le notariat, n'est nécessaire que pour les actes passés par-devant notaires, il sera toujours à propos que le testament contienne cette mention.

[Principes sur ce qui concerne la date du testament olographe. Elle doit être certaine. Des erreurs qui peuvent s'y glisser.]

[228 bis. Il est dit dans l'article 970 du Code civil :

« Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur.
» Il n'est assujéti à aucune autre forme. »

La date est évidemment une des conditions essentielles de la validité du testament. On ne voit pas sans étonnement que des testaments olographes, dans des temps à la vérité très-reculés, aient été confirmés quoiqu'ils fussent sans date : on peut présumer que cette confirmation n'avait lieu que lorsqu'il ne paraissait qu'un seul testament ; car,

si on en eût rapporté plusieurs, on n'aurait pas su quel était le dernier qui seul devait avoir la préférence.

Ricard, *des Donations*, chapitre 5, sect. 7, fait connaître la jurisprudence et ses progrès, soit sur l'insertion de la date, soit sur la mention du lieu où le testament aurait été fait. Cette dernière mention pouvait être nécessaire autrefois, au moins dans certains cas, dès que la faculté de tester, d'une manière ou d'une autre, dépendait de coutumes diverses. Cette cause n'existe plus; aussi n'en avons-nous fait, aux n^{os} précédens, que le sujet d'un conseil de prudence, et nous en avons pris le motif dans le cas où le testament serait attaqué pour cause de captation ou de suggestion.

Quant à la date, Ricard, n^o 1559, établit par des arrêts, et notamment par un du 4 juin 1660, qu'elle devint enfin nécessaire, à peine de nullité du testament, et l'art. 20 de l'ordonnance de 1735 érigea cette jurisprudence en loi, ainsi que l'a fait depuis le Code civil.

Mais, de ce que la loi prescrit la date, il s'en tire deux conséquences très-importantes sur lesquelles on doit fixer son attention. L'une est que la date doit être certaine; l'autre, qu'elle doit être vraie. Dans l'un et l'autre cas, il n'y aurait pas, à proprement parler, de date, et dès lors il y aurait contravention à la loi.

Nous nous expliquerons d'abord sur ce qui regarde la certitude de la date, et nous en viendrons ensuite à sa fausseté. On sent facilement la différence qui existe entre une date *incertaine* et une date *fausse*.

Or, sur la certitude ou incertitude de la date, il peut s'élever des difficultés, d'après la négligence ou l'inattention du testateur, en apposant la date à son testament; et à cet égard, il est aisé de sentir l'influence que doivent avoir les circonstances. Elles deviennent en général une matière à appréciation de la part des tribunaux, et l'on sait que, lorsque ce cas arrive, il ne peut guère y avoir prise à la cassation. Le point essentiel qui doit servir de boussole, consiste à savoir s'il est possible, ou non, de trouver dans le testament la preuve d'une date qui rai-

sonnablement doive être regardée comme certaine. Au premier cas, il ne peut y avoir de difficulté sur la confirmation du testament; mais au second cas, le testament devrait être déclaré nul, parce qu'alors on ne pourrait pas dire qu'il y eût une date, et cette date est impérieusement exigée par la loi.

Cependant nous pouvons indiquer quelques arrêts qui ont été rendus dans des espèces qui présentaient des difficultés de ce genre. Une incertitude de date peut résulter d'une surcharge de la date même. On sent d'abord que nous ne devons pas parler de cette circonstance à l'égard d'un testament qui serait fait par acte public, parce que la loi du 25 ventôse an 11, relative au notariat, qui impose des règles particulières pour les actes reçus par les notaires, est inapplicable au testament olographe. On sent que cela est dans la nature des choses. Ainsi, il pourrait résulter des dispositions de cette loi que, quoiqu'on pût lire une date surchargée dans un testament fait par acte public, le testament, par le seul fait de la surcharge, dût être déclaré nul, ce qu'on ne pourrait pas dire pour le testament olographe, lorsque la date, quoique surchargée, est lisible. Tout cela a été jugé ainsi par un arrêt de la Cour de cassation, du 11 juin 1810, rapporté par Sirey, tome 10, partie 1^{re}, page 289. On le voit encore dans le Recueil de questions de droit de M. Merlin, au mot *Testament*, § 16.

Mais on ne pourrait regarder comme nul un testament olographe, par la raison qu'il contiendrait deux dates, soit qu'il y eût écrit à la fin du testament, *fait le 1^{er} et le 2 avril*, etc., soit même qu'il y eût deux dates, dont l'une aurait été mise au commencement du testament et l'autre à la fin; celle du commencement, étant, par exemple, du 22 mars 1820, et celle de la fin, du 24 du même mois. Nous connaissons un arrêt de la Cour de cassation, du 8 juillet 1824, rendu dans cette dernière espèce, et l'on sent qu'à raison de l'analogie, il peut être appliqué à l'espèce précédente. Nous croyons qu'il serait inutile de rapporter les moyens par lesquels on attaquait le testament; on n'y

voit que des subtilités. Nous passons de suite au dispositif de l'arrêt.

« Attendu que l'arrêt attaqué n'a pu violer l'article 970 du Code civil, qui exige que les testamens soient datés, en déclarant valable un testament daté, au commencement, du 22, et à la fin, du 24, *parce que le testateur avait droit d'employer plusieurs jours à faire son testament olographe, et qu'aucune loi ne s'y oppose.* » Ce premier dispositif est suivi d'un autre qui prouve ce que nous avons déjà dit, que les questions de ce genre rentrent ordinairement dans des faits et des circonstances qui sont de nature à être appréciés par les tribunaux.

« Attendu que l'art. 255 du Code de procédure civile, laisse les juges maîtres de déclarer si, ou non, des faits articulés sont admissibles; que l'usage de cette faculté, de quelque manière qu'il ait lieu, ne peut fournir d'ouverture de cassation, et que l'arrêt déclare formellement que les faits articulés par les demandeurs ne sont pertinens ni admissibles : REJETTE, etc. » Cet arrêt est rapporté par M. Dalloz, tome 24, page 597.

Mais nous sommes bien loin d'avoir donné jusqu'à ce moment, une idée de toutes les difficultés auxquelles ont donné lieu des erreurs échappées aux testateurs dans les dates de leurs testamens. On s'ouvrirait un champ très-vaste, si on voulait les recueillir toutes, soit d'après les anciens recueils de jurisprudence, soit d'après les nouveaux; et quand on se serait livré à ce travail, il y en aurait un autre à faire dans quelques années, tant les formes sous lesquelles les difficultés peuvent se présenter, sont susceptibles de variétés. L'objet essentiel est de se pénétrer des principes auxquels ces difficultés se rattachent plus ou moins directement. On peut d'ailleurs remarquer les arrêts sur ces cas particuliers, dans les recueils de jurisprudence qui paraissent périodiquement, et qui sont si utiles.

Cependant M. Toullier, *des Donations*, n° 362 et suiv., jusques et compris le n° 373, quoiqu'il soit entré dans quelques détails sur cette matière, s'en est expliqué avec précision. Il a invoqué des arrêts rapportés par des arrê-

tistes qui ont écrit avant le Code civil. Il s'est aidé de plusieurs autres qui n'ont été rendus que depuis la 2^e édition de notre Traité. Après avoir lu ces passages avec attention, nous avons cru devoir nous borner à y renvoyer.

Mais nous devons faire remarquer un principe fondamental très-bien posé par M. Toullier, page 332, qui s'applique à toutes les erreurs ou omissions qui pourraient être échappées dans un testament, et même à la fausseté qui serait articulée contre sa date. « Le premier principe, dit-il, en cette matière, est que la preuve, non-seulement des dispositions de dernière volonté, mais encore de l'observation des formalités requises pour leur validité, doit se tirer de l'acte même qui le renferme : *ex ipsomet testamento, non aliunde*, dit Dumoulin sur l'article 67 de la Coutume de Sens. — Il semble donc qu'on ne peut pas, sur des conjectures, ou par des inductions, rectifier les erreurs, suppléer les omissions commises dans un testament. C'est une question sur laquelle étaient partagés les anciens docteurs. Les uns soutenaient l'affirmative, les autres la négative. D'autres enfin, dont l'opinion a prévalu, ont établi une distinction ; ils ont pensé qu'on peut suppléer aux omissions, corriger les erreurs commises dans un testament, sur des conjectures ou des inductions, pourvu qu'elles soient tirées de l'acte même et non d'ailleurs ; *ex propriis verbis testamenti, ex verbis scriptis in testamento, non extrinsecus*. Vid. Menoch., liv. 4, *Præsumpt.* 19, n° 7 ; Barry, *de successionibus*, liv. 2, tit. 1^{er}, n° 19. »

Ceci rentre dans ce que disait Ricard, *des Donations*, n° 1549 et 1550, après avoir fait sentir l'importance de la date. « Car il n'est pas révoqué en doute qu'il fallait que les testamens par écrit, dont nous parlons, *continssent en eux tout ce qui était nécessaire pour les rendre valables*. » Ainsi le testament doit prouver par lui-même que les formalités ont été remplies. On doit y puiser les conjectures, les inductions à l'aide desquelles cette preuve pourrait être suppléée, et non dans aucuns documens étrangers aux testamens.

Quid juris, si la fausseté de la date était démontrée ?

228 *ter*. Venons au cas où on prétendrait que le testateur a écrit ou qu'on lui a fait écrire une fausse date, ce qui est différent, ainsi que nous l'avons déjà dit, d'une date incertaine. Or, écoutons ce que dit Ricard dans un passage important, où, après avoir établi la nécessité de la date, il s'explique avec autant de raison que d'énergie, pour prouver qu'il ne suffit pas que le testament porte une date, mais qu'il faut encore que cette date soit certaine, et que de plus elle soit vraie. « Aussi n'y a-t-il point de raison de vouloir distinguer à ce sujet les testaments olographes avec les autres, puisqu'ils ne requièrent pas moins la capacité du testateur dans le temps qu'ils sont faits, que ceux qui sont passés par-devant des personnes publiques; de sorte qu'il y a aussi nécessité de savoir le temps auquel le testament olographe a été fait, pour reconnaître si le testateur était alors en âge de pouvoir tester, ou s'il n'y avait pas quelque autre empêchement en sa personne; comme aussi la date et le lieu où le testateur a fait son testament, doivent faire juger de sa validité, et si les lois qui s'observent dans le lieu où il a testé permettent de faire un testament olographe; et il ne faut pas qu'on objecte que le testateur étant le maître absolu d'un testament de cette qualité, puisqu'il dépend uniquement de sa plume, il ne tient qu'à lui d'y donner telle date que bon lui semble, parce qu'outre que les lois et le public ne doivent jamais supposer une fausseté dans les établissemens qu'ils font, d'ailleurs il importe même, pour prévenir les faussetés et les suggestions, qui est le sujet pour lequel les formalités ont été introduites dans les testaments, que la date y soit maintenue, etc. »

On ne peut donc révoquer en doute qu'il ne dépend nullement d'un testateur d'apposer à son testament olographe la date que bon lui semble. Le testament fait par lui-même foi de sa date, ainsi que l'entendait Ricard. Telle est la jurisprudence constante que nous développons plus particulièrement au n° 228-5. Ministre de son testament, fonctionnaire

public en cette partie, le testateur doit en remplir les devoirs; et la fausseté de la date pourrait, au besoin, être prouvée de la part des parties intéressées, par tous les moyens que la loi indique à l'égard des actes faits avec les formes publiques, et par conséquent par l'inscription en faux. Il y a plusieurs exemples d'une pareille procédure contre les testamens olographes. On en voit dans Ricard, n° 1559, et dans un arrêt de la Cour de cassation, du 29 avril 1824, que nous devons invoquer dans les n°s 228-5 et 228-6.

Nous nous expliquerons, au surplus, sur les cas où l'inscription de faux peut avoir lieu, aux n°s 290 et suivans.

Suite de la discussion de ces deux questions.

228 quat. Nous étant ainsi expliqués, et lorsque cette troisième édition de notre Traité était à l'impression (1), nous avons reçu le 17^e tome du Répertoire de M. Merlin; nous y avons vu confirmer, au mot *Testament*, sect. 2^e, § 1^{er}, art. 6, n°s 9 et 10, les principes que nous venons d'exposer dans les deux numéros précédens.

En ce qui concerne la certitude de la date, M. Merlin dit, n° 9 : « L'incertitude de la date d'un testament le vicie-t-elle? Oui sans doute. L'objet de la loi, en prescrivant la date dans un testament, est de constater l'époque précise de sa confection. Or, cet objet n'est ni ne peut être rempli par une date incertaine : il n'y a donc pas de différence entre une date incertaine et une date omise. » Il se fonde sur les mêmes arrêts que nous avons indiqués.

L'auteur venant ensuite, n° 10, à la fausseté de la date, après avoir fait la différence à laquelle il fallait s'attendre entre l'acte notarié et le testament olographe, s'explique ainsi, quant à ce dernier testament : « A l'égard du testament olographe, dès que par la date qu'elle y exige, à peine de nullité, la loi entend, comme je l'ai dit plus haut, l'indication précise du temps où il a été fait, il est impossible qu'elle considère comme *daté*, un testament ologra-

(1) Nous écrivons ceci au mois d'octobre 1825.

phe dont la date est fausse ; car une date fausse n'est pas plus une date qu'un contrat faux n'est un contrat , que du faux or n'est de l'or , que le mensonge n'est la vérité. Or , l'article 970 du Code civil déclare expressément que le *testament olographe n'est pas valable , s'il n'est pas daté*. C'est donc comme s'il déclarait nul le testament olographe qui porte une fausse date. »

Si donc le testament olographe portait en lui-même une preuve évidente et irrésistible de sa fausseté, il devrait par cela même être déclaré nul. Cela arriverait , par exemple , si le testament était écrit sur du papier timbré dont l'émission eût été postérieure à la date qui aurait été apposée au testament. M. Merlin rapporte un arrêt rendu par la Cour supérieure de justice de Bruxelles, le 20 novembre 1822 , qui l'a ainsi jugé. Il y a eu pourvoi contre cet arrêt par-devant les deux autres chambres civiles de la même Cour, qui faisaient fonctions de Cour de cassation ; mais ce pourvoi fut rejeté par un arrêt du 4 décembre 1824. Cet arrêt est si bien motivé, que nous croyons devoir en rapporter les motifs.

« Attendu que l'article 970 du Code civil exige que le testament olographe soit écrit et signé de la main du testateur, et qu'il contienne la date ou mention du jour de la signature du testament, le tont à peine de nullité, en vertu de l'article 1001 du même Code ; — Que si, selon l'opinion des auteurs et la jurisprudence des arrêts, l'erreur de la date d'un testament olographe ne le rend pas toujours nul, cette exception néanmoins ne doit avoir lieu que lorsqu'on peut apercevoir cette erreur, par le contenu et par les circonstances du testament même, et lorsqu'on peut en même temps, par ce contenu et par ces circonstances, fixer le véritable jour auquel le testateur a signé son testament ; — Attendu que , dans l'espèce, le testament olographe sur lequel la demanderesse fonde son action , est écrit sur un timbre belge, et que ce timbre n'a été introduit que le 1^{er} avril 1814 ; — Attendu que le même testament porte néanmoins une date antérieure à cette époque d'environ vingt mois , c'est-à-dire, celle du 10

août 1812; que conséquemment cette date n'est pas vérifiable; — Attendu que le testament en litige ne présente pas la moindre circonstance qui soit de nature à pouvoir fixer, entre le 1^{er} avril 1814, jour de l'émission des timbres belgiques, et le 4 novembre 1819, jour du décès du testateur, le jour certain, le mois ni même l'année où le testateur aurait signé ledit testament; qu'ainsi, et puisque la date du 10 août 1812, doit être considérée comme non existante, le même testament n'est point daté, dans le sens de l'article 970 du Code civil; — Que, par une conséquence ultérieure, l'arrêt attaqué, loin d'avoir violé ou fausement appliqué ledit article 970, en a fait au contraire une juste application; — Par ces motifs, la Cour rejette le pourvoi. »

M. Merlin ne manque pas de faire observer ce que nous avons déjà dit, d'après Ricard, que pour se décider sur ce qui est fausseté ou non, dans le testament, on doit prendre tous les élémens de conviction et de décision dans le testament même : on ne peut recourir à des conjectures prises dans des faits ou dans des documens qui lui seraient étrangers. Le testament, disait Ricard, doit contenir en lui-même tout ce qui est nécessaire pour le rendre valable.

M. Merlin donne encore à ce sujet de nouveaux développemens, mais il nous suffit d'y renvoyer.

Principes sur la nature du testament olographe. Quoi qu'il soit un acte sous seing-privé, il a les prérogatives de l'authenticité.

228 *quinq.* Il est important de déterminer la nature et les caractères du testament olographe; des idées qu'on doit se former à cet égard, dépend la solution de plusieurs questions.

Ce testament est substantiellement un acte sous seing-privé, puisque ce qui le constitue est un simple acte écrit et signé du testateur; mais comme testament, il sort absolument de la classe des simples actes sous signature privée; la loi lui assigne des caractères d'une toute autre importance. Dès qu'elle accordait à un individu le droit de faire

son testament, elle devait lui donner, pour que ce testament fût foi de tout son contenu, et qu'il reçût son exécution, la même autorité qu'à tout fonctionnaire public compétent qui en deviendrait le ministre. C'est en ce sens qu'il était dit dans l'article 289 de la Coutume de Paris : « Pour réputer un testament solennel, est requis qu'il » soit écrit et signé du testateur, ou qu'il soit passé par » devant deux notaires, etc. » Ce qui faisait un testament solennel proprement dit, c'était l'emploi des formes dont il était revêtu par un officier public compétent. On disait alors que, par ces formes, le testament était solennisé. On ne pouvait donc aller jusqu'à dire que le testament olographe était un testament solennel, il ne l'était pas; mais on dit qu'il était *réputé solennel*, et, en le considérant ainsi, il était élevé au niveau du vrai testament solennel, il en avait absolument les effets, parce qu'il attestait avec la même efficacité la volonté du testateur, qu'il portait avec lui la même autorité pour qu'il fût exécuté, quant à la disposition des biens. Telle est l'idée que l'on prend de ce testament, dans les anciens commentateurs de la Coutume de Paris, et dans les auteurs qui ont écrit dans la suite pour tous les autres pays indistinctement.

Ainsi le testament ayant son essence dans un acte sous seing-privé, dans le cas où la véracité de ce testament serait contestée, c'est-à-dire, dans le cas où l'on désavouerait l'écriture et la signature du testateur, il serait soumis à une vérification, de la même manière que tous les actes sous seing-privé, lorsqu'ils sont désavoués : c'est ce que disait Ferrières sur l'article 289 de la Coutume de Paris, n° 11 : « La preuve s'en fait par l'écriture et la signature du testateur, par comparaison d'autres écritures et signatures faites par lui. » Il invoque à ce sujet le sentiment de Chopin. Au n° 16, il s'explique suivant les usages de son temps, relativement aux formes de la vérification; mais son opinion reste, quant au fond, sur la nécessité de cette vérification. « Il faut observer, dit-il, que celui qui a entre ses mains un testament olographe, fait à son profit, doit le mettre au greffe après le décès du testateur, et ensuite

demander permission de faire assigner les héritiers du testateur, *pour voir vérifier que c'est son testament*; que s'il est contesté, le juge doit ordonner que la vérification en sera faite par comparaison d'écriture; et si c'est par défaut, il en doit ordonner la vérification, *et non pas le déclarer reconnu par défaut.* » Telle était l'opinion de Furgole, *des Testamens*, chapitre 10, n^o 16 : « Toutefois, dit-il, si l'écriture était contestée, il faudrait faire procéder à la reconnaissance en la forme ordinaire, avant de pouvoir en ordonner l'exécution, parce que l'écriture privée ne faisant aucune foi avant la reconnaissance, est par conséquent incapable de constater d'une manière légale la volonté du testateur. » Aussi il a été décidé par une foule d'arrêts, que, comme tout acte ordinaire sous seing-privé, le testament olographe est soumis à la simple vérification d'écriture. (Voyez Sirey, tom. 11, 2^e partie, pages 49 et 149; tom. 13, 2^e partie, page 337; tom. 19, 2^e partie, page 78.)

Mais c'est le seul point de ressemblance qu'on puisse remarquer entre le testament olographe et les actes ordinaires sous seing-privé. Aussi Furgole, *loc. cit.*, après avoir dit que les héritiers *ab intestat*, qui conviendraient de l'écriture et du seing du testateur, ne seraient pas fondés à contester la possession provisionnelle à l'héritier institué, sous prétexte que le testament ne serait pas un acte public, ajoute : « Il n'y a donc d'autre différence à faire entre le testament d'écriture privée et celui qui est revêtu d'une forme authentique, si ce n'est que le premier a besoin d'être reconnu et vérifié quand il est contesté; mais l'un ne doit pas moins être exécuté que l'autre en faveur de l'héritier institué, quand l'écriture est reconnue, ou n'est pas contestée par les parties intéressées. »

Ainsi, en considérant le testament olographe sous les rapports, autres que le besoin qu'il a d'être vérifié quand il est contesté, comme tous actes ordinaires sous seing-privé, il a toutes les prérogatives du testament fait par acte public; comme celui-ci, il fait foi de sa date.

La loi revêtant le testateur du pouvoir de faire un pareil

testament, elle devait lui en procurer les moyens. Or, comment aurait-il pu tester avec efficacité sous cette forme, s'il n'avait pas eu le pouvoir d'assurer par lui-même la date du testament, puisqu'en cas de concours de plusieurs testaments, c'est la date qui assure l'exécution de l'un d'eux, c'est-à-dire, de celui qui est postérieur aux autres? C'est ce qui avait fait admettre par la jurisprudence ancienne la nécessité que le testament olographe fût daté, ainsi que nous l'avons dit au n° précédent. La foi de la date du testament par le testament même était donc une émanation forcée de la loi, une suite de l'autorité qu'elle conférait au testateur. Aussi la Cour de cassation a formellement décidé que le testament olographe faisait foi de sa date, notamment par deux arrêts, l'un du 11 juin 1810, rapporté dans le Recueil de Sirey, tom. 10, partie 1^{re}, page 289; l'autre du 29 avril 1824, inséré dans le même Recueil, tom. 24, 1^{re} partie, page 276.

C'est aussi par une émanation de la loi que le testament olographe emporte par lui-même hypothèque sur les biens du testateur en faveur des légataires, comme nous le disons au n° 312. Cette hypothèque ne peut dériver de la forme du testament, puisque cette forme ne peut conférer l'authenticité; disons plus encore, l'hypothèque ne peut dériver d'aucune forme quelconque du testament; c'est la loi qui l'établit, indépendamment de toute forme sous laquelle on a pu tester, *afin que la volonté du testateur soit exécutée avec plus d'assurance*, ainsi que le dit Furgole, *loco citato*, n° 39.

Conséquences qui en résultent.

228 *sex.* Venons aux conséquences qui résultent des principes que nous avons établis. Le testament olographe étant substantiellement un acte sous signature privée, il devient indispensable, s'il est contesté, que la vérité de son existence soit constatée par une vérification, afin de savoir s'il est véritablement écrit et signé du testateur; il est alors susceptible des règles relatives aux simples actes sous signature privée. Nous avons déjà indiqué les procédés particu-

liers pour la vérification, et il en sera parlé plus au long aux n^{os} 290 et suivans; mais le testament étant reconnu, soit par suite d'une vérification, soit parce qu'il ne serait pas contesté par l'héritier, il reprend, pour tous les cas, pour toutes les circonstances qui pourraient se présenter, les caractères et les prérogatives du testament fait par acte public. On ne peut pas dire, comme on pourrait le faire pour des actes sous seing-privé, qui contiendraient des contrats ou des conventions ordinaires, que le testament olographe ne doit pas faire foi à l'égard des tiers. L'art. 1528 du Code civil, qui établit ce principe, concerne uniquement les actes sous seing-privé qui renferment les conventions. Il est même évident, par le contenu en cet article, par ce qu'il exige, qu'il ne peut s'appliquer au testament olographe. Étant une fois certain que le testament olographe reconnu ou non contesté, fait, comme tout testament qui serait passé par acte public, foi de sa date et de ses dispositions, il a ces effets contre toutes parties intéressées, ainsi que l'aurait tout acte quelconque revêtu de la forme qui lui conférerait l'authenticité : la foi due à l'acte devient une et indivisible.

Tout ceci va s'éclaircir par quelques exemples. Nous avons dit, au n^o 105, d'après Domat et Furgole, que la démence et les autres infirmités qui surviennent au testateur après son testament, et le rendent incapable d'en faire un nouveau, fixent sa volonté à l'état où elle s'est trouvée au dernier moment de l'usage qu'il a pu en faire; et que, par conséquent, quoiqu'à l'époque de son décès, il fût dans un état d'interdiction qui le rendait incapable de tester, le testament qu'il aurait fait avant le commencement de l'incapacité serait valable. Or, voudrait-on faire une différence entre le testament fait par acte public, et le testament simplement olographe? Voudrait-on admettre la validité du testament au premier cas, et la lui refuser au second? Mais on n'y serait pas fondé. La réponse serait toujours pour le testament olographe, comme pour l'autre, qu'il fait foi de sa date envers toutes personnes quelconques.

Outre que la résolution que nous venons de prendre est une conséquence certaine du principe, nous trouvons une doctrine propre à l'appuyer, dans le récit d'un arrêt du 6 février 1673, rapporté au Journal du palais. Il y était question de savoir si le testament olographe d'une religieuse, pouvait avoir son effet quoiqu'il eût une date antérieure à la profession en religion, époque après laquelle elle devenait incapable de tester. L'héritier institué par le testament, après le développement des faits à l'aide desquels il prétendait soutenir l'antériorité de sa date à la profession en religion, en venait à une exposition de moyens pour établir qu'en point de droit, le testament faisait foi de sa date dans tous les cas, et notamment dans celui dont il s'agissait; et, pour y parvenir, il puisait des exemples dans les Coutumes de Normandie et de Bretagne. « La Coutume de Normandie, disait-il, après avoir admis le testament olographe dans l'art. 413, s'explique en ces termes en l'art. 422 : *Homme n'ayant enfans peut disposer, par testament ou donation à cause de mort, du tiers de ses acquêts et conquêts immeubles, à qui bon lui semble, autres toutefois qu'à sa femme et parens d'icelle*, POURVU QUE LE TESTAMENT OU DONATION SOIT FAIT TROIS MOIS AVANT LE DÉCÈS. Or, disait toujours celui qui soutenait la validité du testament, selon le raisonnement qu'on lui opposait, le testament olographe fait dans cette Coutume, ne serait jamais valable, parce que l'on dirait qu'il aurait été fait dans la maladie, et antidaté par le malade, trois mois avant la date véritable. Toutefois, jusqu'ici, nous n'avons point d'exemple qu'on ait donné atteinte aux testamens olographes, dans la Coutume de Normandie, sous ce prétexte d'antidate. »

Cet héritier testamentaire, venant ensuite à la Coutume de Bretagne, disait : « L'article 750 de cette Coutume porte : *Si le testament est fait DURANT LA SANTÉ du testateur, et AUPARAVANT LA MALADIE DONT IL DÉCÈDE, IL SUPPRA ET FERA FOI, s'il est écrit et signé de lui; et s'il est fait durant la maladie, ou par personne qui ne sache signer, sera requis qu'il soit signé du recteur de la*

roisse et d'un notaire. » Or, disait-on, si le raisonnement de celui qui conteste le testament devait avoir lieu, jamais un testament olographe ne pourrait subsister dans cette Coutume, et sa disposition serait inutile; car, pour détruire un testament fait en pleine santé, selon les formes prescrites par cet article, on dirait qu'il aurait été fait dans la maladie, et antidaté par le testateur, et cela serait d'autant plus vraisemblable qu'il est en la liberté d'un homme de donner telle date qu'il veut à son testament. » L'héritier testamentaire ne s'en tenait pas là; il invoquait les termes remarquables de d'Argentré, qui dit sur le mot *suffira*, inséré dans cet article, *cum lex dicit sufficit, nihil præter ea ab homine requiri debet ex alieno jure, sive canonico, sive civili, aut ullo extraneo et peregrino; nam consuetudo id totum dixit, quod voluit, ne quis sit curiosior lege.*

Enfin, le même héritier testamentaire, en continuant ses hypothèses, en venait à la question qui nous occupe; il citait les exemples de l'interdit, et de celui qui était fait prisonnier par les ennemis; et il disait « qu'à l'égard de l'interdit, il ne pouvait pas faire de testament depuis son interdiction, non plus que celui qui était en captivité; néanmoins, si ces malheureux avaient fait un testament avant leur disgrâce, dira-t-on qu'il est nul, faute de l'avoir fait paraître et de s'en être dessaisi auparavant? *C'est*, ajoutait-il, *ce qui n'a jamais été dit*, ni même proposé. » Voudrait-on opposer que ce ne sont là que de simples raisonnemens? Cela est vrai. Mais on ne peut disconvenir qu'ils ne portent sur des principes qui étaient incontestablement fondés; aussi ces raisonnemens ne furent pas réfutés.

L'arrêt annula le testament, mais ce fut par des raisons qu'on prenait dans d'autres principes. On sentait le danger de livrer à toutes les séductions, les personnes qui faisaient profession en religion dans un âge peu avancé, bien avant leur majorité. Cette jurisprudence fut érigée en loi par l'art. 21 de l'ordonnance de 1735; mais ce fut uniquement pour ce cas, et l'on pourrait dire ici, *qui de uno*

dicat, de altero negat; en sorte que es principes avancés lors de l'arrêt de 1673, et que nous venons de rapporter, ne demeurent pas moins dans toute leur force.

Mais ce qui prouve que les raisonnemens que nous avons recueillis dans le récit de l'arrêt du 6 février 1673, ne doivent pas être réduits à de simples objections avancées par une partie intéressée, et qu'ils renfermaient une véritable doctrine, c'est que la question s'est présentée et a été jugée conformément aux principes qui faisaient la base de ces objections. Il y en a deux arrêts.

L'un est de la Cour supérieure de justice de Bruxelles, du 21 juin 1822, l'autre de la Cour royale de Riom, du 20 janvier 1824 : ils sont rapportés l'un et l'autre dans le tome 17^e du Répertoire de M. Merlin, au mot *Testament*, sect. 2^e, § 4, article 7. Le second l'avait été par Sirey, tome 24, partie 2^e, pag. 277. Ces deux arrêts ayant décidé une question de cette importance, et devant fixer un principe que nous regardons comme fondamental et des plus féconds en conséquences, nous croyons devoir en rapporter, au moins, les dispositifs. Pour abrégé, nous élaguons les espèces; nous dirons seulement que, dans l'une et dans l'autre, il y avait eu une interdiction prononcée contre le testateur, pour cause de démence ou d'imbécillité, et qu'après le décès jusqu'auquel l'interdiction avait duré, on rapportait un testament olographe en règle, qui était antérieur à l'interdiction; c'est d'ailleurs ce que les dispositifs des arrêts feront suffisamment connaître.

Voici l'arrêt de la Cour de justice supérieure de Bruxelles.

« Attendu que, d'après l'art. 970 du Code civil, le testament olographe est valable lorsqu'il est écrit en entier, daté, et signé de la main du testateur; — Que la loi, en prescrivant des formalités particulières pour les testaments olographes, a pris en considération l'objet de l'acte, qui consiste à établir, d'une manière incontestable, la volonté du testateur; d'où suit que l'observation de ces formalités assure cet effet à l'acte; qu'ainsi il fait foi de son contenu, y compris la date qui en fait une partie essentielle; — Que c'est sur ces principes que sont fondés les articles 1007 et

1008 dudit Code ; que , d'après ces articles , le testament olographe étant déposé chez un notaire , quoique les héritiers du sang puissent le combattre , le légataire universel est envoyé en possession ; et ainsi le testament , qui peut néanmoins être attaqué , reçoit cependant son exécution , parce qu'il fait foi de son contenu ; — Qu'on ne peut opposer au testament olographe les dispositions de l'art. 1528 du Code civil , qui portent que les actes sous seing-privé n'ont de date contre les tiers , que du jour de leur enregistrement , du jour de la mort d'un des signataires , ou du jour que leur substance a été constatée par un acte authentique , parce que cet article , qui se trouve dans le titre *des contrats ou des obligations conventionnelles* , ne peut être étendu au testament olographe , dont la matière est distincte de celle des obligations conventionnelles , et que le législateur a traité l'une et l'autre dans des titres séparés , en traçant , pour chacune d'elles , des règles et des formes qui leur sont propres ; — Que d'ailleurs l'application de cet article au testament olographe ne lui donnerait pas une date fixe , ainsi que le prescrit ledit art. 970 , mais seulement que , lors des circonstances mentionnées dans cet article , le testament existait déjà ; — Que , de ce qui précède , il résulte que le législateur a tiré les testaments olographes hors de la classe des actes sous seing-privé ordinaires , et qu'il l'a fait pour tous les cas , puisque la loi ne renferme aucune distinction ; — D'où il suit ultérieurement que , si le testateur a été mis en interdiction , et que , pendant le temps de son interdiction , il ait été privé de la capacité de tester , cette circonstance seule ne suffit pas pour que le testament olographe cesse de faire foi de tout son contenu et de sa date , de manière à obliger le légataire ou l'héritier institué , à prouver autrement que par le testament la sincérité de sa date , sauf à l'héritier du sang à prouver que le testament n'a pas été fait à la date qu'il porte , mais qu'il a été fait pendant le temps que le testateur était dans l'incapacité de tester , et obtenir ainsi les effets des art. 502 et 503 du Code civil. — Par ces motifs , la Cour met l'appel au néant. »

L'arrêt de la Cour royale de Riom est ainsi conçu :

« Attendu, en ce qui touche le défaut de capacité du testateur, qu'on fait résulter de l'interdiction du sieur de Rouzat père, et de l'incertitude prétendue de la date du testament olographe dont il s'agit, que le testament porte la date du 5 juin 1819; que l'interdiction n'a été prononcée que le 12 avril 1820; que, suivant la délibération du conseil de famille, le dérangement mental qui a conduit à l'interdiction, n'aurait eu lieu que sept mois avant ladite interdiction; que dès lors, au temps du testament (posé que sa date soit hors d'attaque), le sieur de Rouzat avait la faculté de disposer; — Attendu qu'un testateur, investi du droit d'être seul ministre de l'acte solennel contenant ses dispositions testamentaires, lorsqu'il prend la voie du testament olographe, en atteste légalement la date, comme l'attestent un notaire et ses témoins, si le testament est nuncupatif ou écrit; tellement que le testament olographe qui porte une date postérieure à celle d'un testament par-devant notaire, révoque celui-ci, si les dispositions qu'il renferme sont incompatibles avec celles du testament olographe; et si, du reste, l'écriture et la signature sont reconnues être celles du testateur, comme elles sont au cas présent. »

M. Merlin remarque que le pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour de Bruxelles fut rejeté. Il est de notre connaissance que le pourvoi qui avait eu lieu contre celui de la Cour royale de Riom a eu le même sort.

Dans le cas du testament fait par un interdit, qui serait daté d'une époque antérieure à l'interdiction, on n'aurait d'autre ressource que de prouver, par tous les moyens possibles, que, lors du testament, le testateur n'avait pas l'esprit sain, ressource qui existe toujours, soit qu'il y ait eu une interdiction prononcée, soit qu'il n'y en eût pas. Ce serait uniquement le cas de l'application de l'art. 901 du Code civil, et des principes que nous avons exposés aux nos 101 et 102, à moins qu'on ne prétendit que la date du testament fût fausse, et qu'à l'aide de manœuvres qui auraient été pratiquées, les parties intéressées auraient fait frauduleusement porter la date du testament à une époque

reculée à laquelle il n'y aurait eu ni démence ni incapacité; car, dans ce cas, on devrait recourir à l'inscription en faux, parce que le testament faisant foi de sa date, ne peut alors être attaqué, que comme pourrait l'être tout testament fait par acte public; on serait astreint à prouver qu'il a été fait un faux, en écrivant une fausse date; on ne pourrait se dispenser d'en venir à cette procédure, que dans le cas où le testament porterait en lui-même la preuve évidente et matérielle du faux. On reconnaît même ces idées dans des réserves ou restrictions que contiennent les arrêts de Bruxelles et de Riom.

C'est aussi en ce sens qu'a été rendu l'arrêt de la Cour de cassation, du 29 avril 1824, que nous avons déjà cité. Dans l'espèce de cet arrêt, il n'y avait point eu d'interdiction. Le testament olographe était attaqué sur le fondement de la prétendue démence du testateur, sur ce que la date en était incertaine, et qu'on ne pouvait pas la rapporter avec sûreté à un des momens lucides que le testateur avait pu avoir. Il y avait eu une inscription en faux contre le testament, mais elle ne fut point instruite; il paraît qu'elle fut abandonnée. Les faits et les circonstances relatifs à l'état de démence, étaient vagues et incertains; ils devenaient matière à appréciation de la part des tribunaux : aussi lit-on dans l'arrêt de la Cour royale de Paris, contre lequel on s'était pourvu : « Quant aux faits de démence, que la date certaine du testament est du 1^{er} avril 1809; qu'il ne contient aucune disposition qui puisse faire supposer la démence du testateur; que les élémens de la cause, et notamment les précédens testamens du sieur Courbeton, et ses écrits sur la gestion de ses affaires, établissent suffisamment qu'à ladite époque du 1^{er} avril 1809, il était capable de tester, et que les faits articulés par l'appelante ne sont pas de nature à détruire la preuve déjà existante. » Il ne resta que la question principale¹ de savoir si le testament olographe fait, ou non, par lui-même, foi de sa date; et la Cour de cassation se décida avec raison pour l'affirmative.

¹ Mais indépendamment du cas dont nous venons de nous occuper, qui est celui de l'interdiction survenue après le

testament, il peut s'en présenter deux autres sur lesquels il y aurait la même question à décider, et il faut même convenir que ces deux cas sont de nature à arriver plus fréquemment. Supposons qu'un médecin ou tout autre officier de santé rapportât un testament simplement olographe, fait par la personne qu'il aurait traitée dans la dernière maladie dont elle serait décédée : faisons la même supposition à l'égard du ministre du culte, qui aurait exercé son ministère, et dirigé la conscience du testateur pendant la maladie à laquelle ce dernier aurait succombé : dans l'un et l'autre cas, le testament devrait-il avoir son effet, la date étant antérieure au commencement de la maladie ? L'affirmative serait sans difficulté. Telle est la conséquence des principes que nous avons exposés dans ce n° et dans le n° précédent. Ces deux derniers cas sont même plus particulièrement susceptibles des raisonnemens qui étaient faits lors de l'arrêt du 6 février 1675, en conséquence de l'article 750 de la Coutume de Bretagne. Cet article exigeait, pour la validité du testament, qu'il fût fait *durant la santé du testateur, et avant la maladie dont il était décédé* ; et on soutenait lors de l'arrêt, qu'en Bretagne on n'avait jamais attaqué le testament olographe fait en santé, sous le prétexte qu'il aurait pu être antidaté, et qu'il aurait dû avoir une date certaine. Enfin, une nouvelle conséquence du principe est que le testament olographe régulier, révoque un testament antérieur, quoiqu'il fût fait par acte public.

Les points sur lesquels nous venons de discourir présentaient des questions délicates. Nous devons avouer que, relativement à la première hypothèse concernant l'interdiction, nous avons dit, au n° 105, quoique transitoirement, que le testament, pour être valable, devrait avoir une date certaine, antérieure à l'incapacité, ou parce qu'il aurait été fait devant notaire, ou parce qu'il y aurait eu un dépôt authentiquement constaté ; et par rapport aux deux autres hypothèses, l'une relative à l'officier de santé, l'autre concernant le ministre du culte, nous avons simplement touché la question, au n° 141 : nous nous y sommes

bornés à présenter la difficulté. Mais après avoir réfléchi, nous avons senti que toutes ces questions devaient être approfondies. Le désir de découvrir la vérité nous a conduits aux opinions que nous venons d'émettre, et que nous regardons comme fondées sur les vrais principes.

Observations sur les ratures, surcharges, interlignes, renvois et apostilles.

228 sept. Il s'est élevé de fréquentes questions sur la validité ou l'invalidité des testamens, à raison des ratures, des surcharges, des interlignes et des renvois ou apostilles qu'on y remarquait. On sent qu'à cet égard les testamens olographes ne sont pas susceptibles des mêmes principes que les testamens faits par un acte public devant notaires. Ces derniers sont soumis à toutes les règles établies par la loi du 25 ventôse an 11, qui concernent principalement le notaire, et dont la violation pourrait entraîner la nullité du testament. Nous en avons déjà fait l'observation, et cette distinction est parfaitement établie par l'arrêt de la Cour de cassation, du 11 juin 1810, rapporté par Sirey, tome 10, page 289. « Que d'autre part, y est-il dit, la loi du 25 ventôse an 11, ne s'est occupée que des actes notariés, et qu'un testament olographe, quoique solennel et faisant foi par lui-même de sa date, n'est pas un acte notarié. » On sent en effet que le testament olographe est uniquement l'ouvrage du testateur, qu'il y consigne ses plus importantes pensées, qu'il n'a voulu découvrir à personne; qu'il suffit donc que sa volonté s'y manifeste, de quelque manière qu'il soit fait, pour qu'elle soit exécutée.

Nous ferons encore une autre observation générale. Les difficultés de cette nature présentent des variétés infinies. L'expérience que donne la connaissance de la multitude d'arrêts rendus sur cette matière, apprend que l'omission d'un seul mot, disons plus, d'une seule lettre, ou même l'interversion des lettres qui auront servi à écrire un mot ou une syllabe, ont donné lieu à des difficultés qu'on voit souvent traiter très-sérieusement, quoiqu'elles ne fussent pas sérieuses. Ces omissions ou négligences ouvraient un

champ vaste aux raisonnemens, aux interprétations dans lesquelles on voit des subtilités qui, quoiqu'ingénieuses quelquefois, ne perdaient pas ce caractère, et qui, sans l'intérêt qui les suggérait, n'auraient jamais paru. Or, en pareil cas, on est forcé de juger par voie d'interprétation. Les jugemens qu'on porte s'adaptent toujours à la loi, dans les idées de ceux qui jugent, en sorte qu'il est impossible de dire qu'une loi soit violée, et dès lors il ne peut y avoir ouverture à la cassation. On peut dire que ce principe est proclamé notamment dans l'arrêt de la Cour de cassation, du 29 avril 1824, que nous avons déjà cité, rendu au sujet du testament du sieur Courbeton, parce qu'outre les moyens de droit qui se présentaient, et sur lesquels nous nous sommes déjà expliqués, il y avait encore à statuer sur des moyens relatifs à des ratures et interlignes; et voici ce qu'on lit dans l'arrêt à ce sujet. « Sur le troisième moyen, relatif aux ratures, interlignes et surcharges qui se trouvent dans le testament; attendu que des ratures, des interlignes et des surcharges *ne sont autre chose que des circonstances de fait, que l'appréciation des faits est dans le domaine exclusif des Cours royales, et que, quelle que soit leur manière de voir, leur décision échappe à la censure de la Cour.* »

Cependant on pensera bien que nous n'entendons pas, par cette dernière observation, approuver un arbitraire absolu. Il y a toujours sur cette matière des principes généraux qui doivent servir de guide, afin que dans les décisions, on se rapproche de la loi, et qu'on en suive l'esprit et la lettre, autant qu'il est possible. Il faut éviter, comme deux écueils, une trop grande sévérité qui, voulant plus que la loi, deviendrait une injustice, et un relâchement qui ressemblerait à un abandon de la loi. Or, nous allons exposer ces principes avec brièveté.

On est peu aidé en cette matière par le droit romain. Ce n'est pas qu'on n'y trouve des règles prescrites sur les ratures et interlignes qui seraient faites dans un testament. On les voit notamment dans la loi 1^{re}, ff. *de his quæ in testam. delent.*; et dans la loi 2^e *de lege Cornelia, de falsis.*

Mais il est difficile d'en faire l'application aux testamens olographes, tels qu'ils sont en usage parmi nous. La raison en est que cette sorte de testament n'était point usitée à Rome; elle fut seulement admise par l'empereur Valentinien, pour tous les cas; mais l'empereur Justinien, par sa nouvelle 107, n'en conserva l'usage qu'en faveur des enfans de la part des descendans. Les testateurs eurent cependant la faculté d'écrire ou de faire écrire par d'autres leurs testamens; mais alors ils n'avaient force de testament, qu'autant qu'ils étaient solennisés par la forme mystique (1), et c'est le seul cas où il pût être question de ratures, interlignes ou même d'additions, soit qu'elles vinsent du testateur lui-même, soit qu'elles fussent écrites d'une main étrangère, c'est-à-dire du copiste ou rédacteur du testament. Aussi une loi voulut que si le testament contenait un legs en faveur de ce dernier, le legs fût nul, à moins que le testateur ne l'eût approuvé par cette formule, *quod illi dictavi et recognovi*. Cette précaution devenait cependant inutile, lorsque le rédacteur ou copiste du testament était le fils ou l'esclave du testateur (2).

Il faut donc se fixer sur les principes de notre législation et sur les conséquences qui en découlent. Ces principes sont renfermés dans l'article 970 du Code civil. Tout testament est valable *s'il est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; il n'est assujéti à aucune autre forme*. Ainsi, supposons qu'un testament soit presque entièrement raturé et interligné, qu'on voie même que les interlignes et les ratures qui se correspondraient, et qui seraient de l'écriture et du fait du testateur, aient eu pour objet un changement total de dispositions, comparativement à celles qui étaient déjà faites et qu'on pourrait découvrir sous les ratures; un testament qui, en cet état, présenterait des dispositions intelligibles et claires, et qui serait revêtu de la signature du testateur, devrait avoir son effet. La raison

(1) Voyez sur tout cela le Discours historique, sect. II, § 1^{er}.

(2) Voyez Heineccius, *Elem. sec. ord. pand.*, liv. 48, titre 10, § 217, à la note.

en est simple. Le testateur a pu rédiger son testament comme il a voulu; il a pu y faire tels changemens que bon lui a semblé : il en était le seul ministre; la loi ne lui imposait aucune forme particulière. On voit là un testament écrit en entier, daté et signé du testateur; le vœu de la loi est rempli. Les ratures et interlignes qui pourraient nuire à la perfection d'un testament solennel ou fait par acte public, ne sauraient détruire la créance du testament olographe. Autre chose est la solennité de l'acte, autre chose est la foi qui lui est due, et cette foi est seule à considérer pour le testament olographe, qui n'a besoin d'aucunes formes autres que celles du fait du testateur, et qui lui sont imposées par la loi. Le testateur peut avoir voulu abréger la confection de son testament, en suivant sa nouvelle volonté, au lieu de le transcrire de nouveau avec les changemens qu'il voulait y faire. Mais aucune loi ne l'obligeait à cette transcription, à peine de nullité.

Tout ce qui est raturé doit être considéré comme non écrit, même quand on lirait ce qui serait au-dessous de la rature, à moins qu'on ne vît qu'une rature fût l'effet seulement de la précipitation ou de la négligence du testateur, en écrivant; car, dans ce cas, ce qui paraîtrait raturé, pourrait faire corps avec le reste du testament. Il n'y a que ce qui paraîtrait avoir été raturé à dessein, qui devrait être comme non venu, soit qu'on pût lire sous la rature, soit qu'on ne pût pas y lire. C'est ce que dit le jurisconsulte Ulpien, dans la loi 1^{re}, ff. *de his quæ in testam. delent. Quod igitur incautè factum est, pro non facto est, si legi potuit...; sed consulto quidem deleti exceptione, petentes repelluntur, inconsulto verò non repelluntur : sive legi possunt, sive non possunt.* La raison qu'en donne Ulpien est que quand, d'après les ratures, on pourrait dire que le testament ne serait pas en son entier, le reste n'en devrait pas moins avoir son effet. *Quoniam si totum testamentum non extet, constat valere omnia quæ in eo scripta sunt.*

C'est en ce sens qu'écrivait Ricard, *des Donations*, partie 1^{re}, n° 1572, où, à l'occasion des ratures qu'il croyait

devoir demeurer sans effet, il apportait cette modification : « Ce que je voudrais toutefois limiter, au cas qu'il se reconnût que ce qui paraît effacé n'eût pas tant été fait à dessein de rien changer, que par une certaine activité ou négligence de celui qui a écrit le testament : comme ceux qui ont l'art d'écrire, éprouvent souvent que, leur main ne se réglant pas suffisamment à leur pensée, il leur échappe souvent un mot au lieu d'un autre, qu'ils raturent incontinent, et mettent en sa place celui qui y devait être d'abord, suivant la conception du testateur. »

Ferrières, sur l'article 289 de la Coutume de Paris, n° 9, fait des réflexions infiniment raisonnables relativement à ce qui concerne les ratures. Entre autres décisions très-justes, il donne celle-ci, qu'il n'est pas nécessaire *que le testateur déclare qu'il approuve les ratures*. La Coutume, dit-il, ne l'ordonne point. On peut donner la même raison pour le Code civil, qui ne l'exige pas plus. Aussi M. Toullier, *des Donations*, n° 359, dit que si les interlignes sont de la main du testateur, il n'est pas nécessaire qu'elles soient approuvées; qu'il en est de même des ratures; qu'elles n'annulent que les dispositions raturées, les autres ne laissant pas de subsister.

De tout cela nous concluons que les renvois qui seraient portés en marge de la main du testateur n'ont point besoin d'être approuvés par lui.

Il résulte de tout ce qui vient d'être dit, que si le testament, dans cet état de ratures et d'interlignes que nous supposons, ou même sans cet état, présentait quelques mots qui seraient insignifiants, qui ne pourraient se lier avec le reste du testament, mais qui ne nuiraient point au sens et à l'intelligence des dispositions, le testament ne devrait pas moins avoir son effet. Ce serait toujours une suite de la loi romaine que nous venons de citer, et encore de la loi 2, au même titre.

Mais il est essentiel de remarquer qu'ainsi que le dit M. Toullier, n° 357, d'après plusieurs auteurs qu'il cite et auxquels on pourrait en ajouter beaucoup d'autres, un seul mot écrit d'une main étrangère dans le corps du testament,

quand même ce mot serait superflu, rendrait le testament nul ; car on ne pourrait pas dire qu'il est entièrement écrit de la main du testateur.

L'auteur ajoute au n° suivant : « Mais pour qu'un mot écrit en interligne, d'une main étrangère, viciât le testament, il faudrait qu'il fût constant que ce mot en fait partie : par exemple, par l'approbation de l'interligne que le testateur aurait faite en marge ou à la fin de l'acte ; autrement il serait au pouvoir d'un tiers, entre les mains de qui le testament serait tombé, de l'annuler, en y inscrivant quelque interligne. » Quelque judicieuse que soit cette restriction, on ne peut s'empêcher de remarquer que la question de savoir si l'interligne aurait été apposée par un tiers, dans la vue d'annuler le testament, et à l'insu du testateur, pourrait être soumise à l'empire des circonstances. Tout consiste à savoir s'il y a eu, ou non, une participation de la part d'un étranger à la faction du testament.

Enfin, les difficultés auxquelles les ratures et les interlignes donneraient lieu, pourraient se présenter sous tant d'apparences, qu'il serait possible qu'on pensât que le testament n'a pas été achevé, et que dès lors il serait imparfait. Ce que dit Ricard, *des Donations*, partie 1^{re}, n° 1571, prête à cette idée, quoiqu'il s'y soit occupé du testament fait par acte public. Il y suppose des ratures ou additions non approuvées, et il conçoit que les héritiers pourraient être fondés à prétendre que le testateur n'avait pas définitivement arrêté ses volontés. « J'estime pourtant, dit-il, qu'ils auraient raison de dire que le testateur a laissé son testament imparfait, et dans le dessein d'y ajouter ou diminuer davantage, puisqu'il n'avait pas encore arrêté sa dernière pensée, et consulté les changemens qu'il avait commencé de faire ; et ainsi, que ce testament étant imparfait, il doit demeurer sans effet. » C'est sans doute en ce sens que M. Toullier, en parlant du testament olographe, dit au n° 360 : « Cependant, s'il se trouvait plusieurs dispositions rayées et d'autres qui ne le fussent pas, le testament pourrait, suivant les circonstances, être considéré comme imparfait, ou

comme un simple projet que le testateur n'avait pas mis au net, et comme tel annulé. »

On sent donc qu'un testateur doit s'attacher à ce que le testament soit écrit nettement. Il ne faut pas de solennité; mais la volonté de celui qui dispose doit y être assurée d'une manière positive, et y prendre un caractère de détermination et d'irrévocabilité.

Nous devons faire observer combien il est à propos, dans le cas où un testateur aurait fait son testament en doubles, ce qu'il a la liberté de faire, que les doubles soient parfaitement conformes les uns aux autres et de la même date, de manière à ne voir dans tous qu'un seul et même testament. Si l'un contenait des changemens faits par des ratures ou interlignes, qui ne se trouvassent pas dans l'autre, on ne saurait auquel donner la préférence. Et s'il se trouvait dans les papiers du défunt, outre un testament olographe en règle, un autre testament aussi olographe, d'une date postérieure, mais qui, à raison d'interlignes, de ratures, de renvois, desquels il résulterait des irrégularités, serait déclaré nul, il pourrait encore s'élever la question de savoir si le dernier testament, quoique nul, emporterait, ou non, la révocation du premier. On verra un exemple de toutes ces difficultés dans un arrêt de la Cour de cassation, du 5 mai 1824, rendu au sujet du testament de M. Armand, conseiller en la Cour royale de Riom. Il est rapporté par M. Dalloz, vol. 24, page 285; nous en parlerons dans la suite, en traitant une question de révocation de testament.

Nous venons au cas où le testament présenterait des apostilles écrites en marge par une main étrangère. Dès qu'il est constant que le testament doit être l'ouvrage du testateur seul, qu'il doit renfermer l'expression de sa volonté émise par lui seul; que son testament doit être à l'abri du reproche de toute participation de la part d'un étranger à la rédaction de ses dispositions de dernière volonté, on sent que ces apostilles suffiraient pour en faire prononcer la nullité.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Paris, du 4 septembre 1677, rapporté au Journal du Palais.

Le testament contenait uniquement des legs pieux, ce qui pouvait le rendre favorable, ainsi qu'on en voit plusieurs exemples dans nombre d'arrêts anciens. « Le testament, dit l'arrêtiste, est raturé en plusieurs endroits sans que les autres ratures soient approuvées (il a déjà été dit que cette circonstance ne doit point porter atteinte au testament olographe), il est même apostillé à la marge par une main étrangère. Mais ces apostilles n'ajoutent seulement que quelques mots oubliés par la testatrice, et ne font que corriger l'expression. » Il ne fut pas moins déclaré nul. Il est vrai qu'il y avait un motif particulier, d'après le récit de l'arrêtiste, qui pût influencer sur la décision. Ce motif était que la testatrice avait mis son testament ainsi apostillé à la marge et raturé en quelques endroits de son contexte, entre les mains d'un notaire, pour en faire un testament solennel; mais que ce notaire ayant été prévenu par le décès de la testatrice, l'acte demeura imparfait. L'autre motif, continue l'arrêtiste, se tire de ce principe de droit, que nous ne reconnaissons que deux sortes de testaments, le solennel et l'olographe; que celui dont il s'agit, n'est ni l'un ni l'autre, et que, par conséquent, il n'est pas valable.

A-t-on voulu dire que le testament n'était pas valable comme testament olographe, ou parce que, par la circonstance qui vient d'être indiquée, le testament n'avait dû être regardé que comme un simple projet, ou parce que les apostilles le rendaient nul? Il faut convenir que c'est ce qui n'est pas clairement expliqué, et on ne peut bien se pénétrer des raisons qui déterminèrent l'arrêt, surtout dès qu'alors les arrêts n'étaient pas motivés. Mais il est toujours vrai que l'on opposait la nullité, en se fondant sur la circonstance d'apostilles écrites de main étrangère, et qu'on était imbu de l'idée que cette circonstance devait donner lieu à la nullité du testament; et selon nous cette nullité existerait.

Ce qui vient à l'appui de notre opinion, c'est que Ferrières, sur l'article 289 de la Coutume de Paris, n° 9, après avoir fait des observations impuissantes, à notre avis, sur cet arrêt de 1677, au moins en ce qui concerne

les apostilles, cite, d'après Auzanet, un arrêt du mois de mars 1640, qui déclare nul, pour le tout, un testament dans lequel il se trouvait *des mots ou des lignes écrites par une main étrangère*. Il est vrai que l'auteur, d'après le même Auzanet, en rapporte un contraire, du 8 mars 1622. Mais il dit de suite : « L'arrêt est fondé sur ce que les héritiers contestaient un legs fait *ad pias causas*. » Il ajoute bien aussi que l'arrêt était fondé sur ce que les additions étaient peu considérables, faites pour rendre plus claire l'intention du testateur, dans ce qui était contenu dans son testament, et non pour faire des dispositions nouvelles ou contraires à celles qui y étaient contenues. Mais la validité du testament a-t-elle été prononcée plutôt à raison de cette dernière circonstance, qu'à raison de la première ? C'est ce qu'on ne peut décider. Il est préférable de s'en tenir aux règles que nous avons déjà établies. Pour qu'on pût éviter la nullité du testament, il faudrait qu'il y eût des circonstances desquelles il résultât que le testateur a absolument ignoré les apostilles ; qu'il est décédé dans la croyance qu'il avait fait un testament régulier qui fût purement son ouvrage, et que les apostilles auraient pu être mises par affectation par un tiers, afin de compromettre le sort du testament. Ce serait le cas d'appliquer ce que nous avons déjà dit relativement à quelques interlignes qui auraient été écrites de main étrangère dans le testament.

En ce qui concerne la signature, on sent qu'elle doit être nette, telle que le testateur a toujours eu coutume de signer. Une rature, une macule qui paraîtrait sur la signature pourrait faire douter si le testateur n'a pas eu l'intention de révoquer son testament, en annulant sa signature, puisque c'est cette signature qui met le sceau à tout le contenu au testament et qui lui donne toute sa force.

C'est parce que tel est le but et l'effet de la signature, qu'elle doit être apposée au bas du testament revêtu de sa date. La date est partie intégrante du testament ; son existence et sa sincérité doivent être attestées par la signature comme tout ce qui y est contenu. L'article 970 du Code

trace l'ordre à suivre dans la confection du testament; l'écriture, *la date et la signature*; et, comme le dit M. Toulhier, n° 375, *tout ce qui est après la signature, n'est pas censé être dans l'acte.*

On a cependant vu des négligences et des inattentions qui ont fourni matière à contestation; et alors il a été question de savoir si le but de la loi était, ou non, rempli par des équivalens. Mais nous ne croyons pas devoir nous appesantir sur ces cas particuliers. Le point essentiel est de fixer les principes dont l'observation doit les prévenir. Cependant nous indiquerons une espèce importante dans laquelle il s'agissait de savoir si la signature était, ou non, détachée de l'acte, ce qui doit avoir lieu dans la règle; et si l'on devait voir, ou non, une signature dans l'énonciation par écriture du nom d'une testatrice. Un testament olographe était ainsi terminé : « Fait par moi, Pauline d'Espinoze, veuve Guyot, qui ai signé après la lecture et méditation. Au Croisié, ce 30 janvier 1806; deux mots rayés nuls. » Mais la date se trouvait aussi au commencement de l'acte. Le testament fut attaqué par défaut de signature. Cependant il fut validé par un arrêt de la Cour de cassation, rapporté dans la 4^e édition du Répertoire de M. Merlin, V^o *Signature*, § 3, art. 5. On peut voir là-dessus M. Toulhier, n° 376. Pratiquer de cette manière, ou même de tant d'autres qui tiennent à des combinaisons infinies et qu'il est impossible de prévoir, au lieu de suivre les règles que nous avons exposées, qui sont cependant très-simples, c'est appeler des difficultés qui peuvent souvent compromettre le sort des testamens.

Ce qui prouve la justesse de cette dernière réflexion, c'est un arrêt du 22 décembre 1812, rendu par la Cour d'appel de Liège, qui, en confirmant le jugement attaqué, annula le testament qui se terminait ainsi : « Fait et signé » par moi Michel-François Falla, de la commune de Loncin, canton de Hollogne, ce 20 décembre 1809. » Le principal motif de l'arrêt fut qu'on ne peut, dans le cas présent, prendre pour signature les mots *Michel-François Falla*, 1^o parce qu'ils se trouvent au milieu d'une phrase

qu'ils rendent complète, et qui, sans eux, n'aurait plus aucune signification; qu'ainsi, ils ne se présentent pas comme signature, mais comme complément de la proposition; 2^o parce que cette phrase ne contient qu'une déclaration énonciative de l'intention dans laquelle se trouvait Michel-François Falla de signer son testament, ce qui ne peut suppléer à une signature effective, requise à peine de nullité; 3^o parce que le testament rédigé par Michel-François Falla ne peut être considéré que comme un simple projet de testament olographe, non revêtu de la signature du testateur. » Cet arrêt est rapporté par M. Merlin, 17^e volume de son Répertoire, au mot *Signature*, § 3, art. 5.

Nous devons cependant faire remarquer que M. Merlin dit, à la fin de l'article, qu'à ce motif l'arrêt en ajoute un autre plus puissant encore, et que si ce dernier motif eût été isolé, et que le légataire universel se fût pourvu en cassation, il est permis de croire que son recours n'eût pas été inutile. L'auteur, par là, semble indiquer l'arrêt de la Cour de cassation, que nous venons de citer, et vouloir conclure que s'il n'y avait pas eu dans l'arrêt du 22 décembre 1812, un autre motif plus déterminant pour qu'il ne pût se soutenir, le testament aurait pu être confirmé, comme l'avait été celui de Pauline d'Espinose, veuve Guyot. Ce motif de la nullité du testament était que la date n'en était placée qu'après les mots que le légataire universel prétendait faire passer pour une signature proprement dite, et qu'ainsi elle se trouvait *sans attestation*. C'est ce qu'on voit dans le même volume du Répertoire, au mot *Testament*, sect. 2, § 4, art. 3, page 767. Mais on ne doit pas moins sentir combien est préférable la stricte observation de la règle à la ressource, si souvent équivoque, de recourir aux tribunaux pour en sauver la violation, ou au moins l'inexacte observation.

Au surplus, il est essentiel de remarquer que l'arrêt de la Cour d'appel de Liège, du 22 décembre 1812, que M. Merlin rapporte plus au long dans le dernier passage du Répertoire que nous venons d'indiquer, a formellement jugé qu'il faut que la date se trouve dans le corps de l'acte

et qu'elle soit attestée, comme le reste de la disposition, par la signature qui doit compléter le testament, et lui donner la sanction nécessaire pour le rendre parfait; ce qui confirme l'opinion de M. Toullier et la nôtre.

Pourrait-on tester par une lettre missive, ou par un écrit qui en aurait les caractères ?

228 oct. La question de savoir si un testament contenu dans une lettre missive, est actuellement valable, n'est pas sans difficultés. Les doutes dérivent de ce que l'article 5 de l'ordonnance de 1755, avait aboli cette forme de tester : « Voulons aussi, y est-il dit, que les dispositions qui seraient faites par lettres missives, soient regardées comme nulles et de nul effet », et de ce que le Code civil garde un silence absolu à ce sujet.

Cette question s'était élevée anciennement; mais enfin la jurisprudence s'était fixée dans les derniers temps pour la validité du testament fait sous cette forme. Cela fut jugé ainsi par un arrêt du parlement de Paris, du 28 juin 1678, qui est rapporté à sa date, au Journal du Palais. Il s'agissait du testament de la demoiselle de Pavent de Thési, qui était en date du 30 de l'an 1676. Cette date ne fit aucun obstacle à l'exécution du testament, parce qu'il était indispensable d'y voir la date du 30 janvier 1676. Nous rappelons cette circonstance, par la raison que nous avons vu encore s'élever la même difficulté sous l'empire du Code civil, et que nous avons remarqué que le testament ainsi daté était confirmé. Trente jours du mois de janvier sont les trente premiers jours de l'année. Cela tenait à un ancien usage qu'il est cependant bon d'abandonner. Il est prudent de dater par jour, mois et année; c'est ce qui constitue la véritable date. Le testament de la demoiselle de Thési est rapporté tout au long dans le Journal du Palais; on le voit encore de même dans Ferrières, sur l'article 289 de la Coutume de Paris, n° 6 : nous faisons observer que dans la lettre on ne lisait pas précisément le mot *testament*; mais cela ne tirait point à conséquence, parce qu'il contenait des dispositions de dernière volonté,

claires et précises. Nous avons déjà dit au n° 224, qu'un acte pouvait renfermer tous les élémens qui constituent un testament, quoique le mot *testament* n'y soit pas employé.

La discussion des moyens respectifs qui furent déduits lors de l'arrêt du 28 juin 1678, et que présente le récit de l'arrêtiste, apprend que M. Blondeau, célèbre avocat de son temps, qui s'était chargé de soutenir la validité du testament, établit, avec autant de lucidité que de profondeur, que les testamens, même par lettre missive, devaient avoir lieu, et qu'ils étaient réellement en usage en France. Il réfuta les arrêts contraires qu'on lui opposait, en prouvant que les décisions qu'ils portaient avaient été déterminées par des circonstances particulières, et notamment l'un du 9 mars 1619, rapporté par Tronçon, l'autre du 10 mars 1620, recueilli dans la Bibliothèque du droit français de Bouchel.

Aussi est-il certain que depuis l'arrêt du 28 juin 1678, on voit que l'usage des testamens par lettre missive était admis. Sans examiner si cet usage était général, s'il était restreint aux pays de Coutume où le testament olographe était pratiqué, à la différence de la plupart des pays de droit écrit, où l'on ne reconnaissait que le testament solennel, d'après les anciens usages des Romains, il suffit de dire que le testament par lettre missive était reçu, sauf les cas particuliers dont l'examen devient aujourd'hui inutile. Et comment pourrait-on révoquer ce fait en doute, puisque l'article 5 de l'ordonnance de 1735, l'atteste authentiquement, si nous pouvons parler ainsi, par cela seul qu'il déclare nulles les dispositions de dernière volonté qui seraient faites par lettre missive ? Suivant les commentateurs, cette disposition législative est une abolition, et on n'abolit que ce qui existe déjà.

Examinons actuellement si, parce que la prohibition des testamens par lettre missive a été prononcée par cette loi, il en résulte que le testament sous cette forme ne doit pas avoir lieu sous le Code civil. Or, nous ne balançons pas à nous décider contre cette conséquence.

Le législateur, lors du Code civil, connaissait sans doute la disposition de l'article 3 de l'ordonnance. Or, s'il eût eu l'intention d'abolir l'usage de cette forme de tester, on ne peut douter qu'il ne s'en fût expliqué. Son silence prouve donc qu'en admettant le testament olographe, il a entendu admettre le testament par lettre missive. Telle est la conséquence de ce qu'il n'a voulu aucune forme particulière pour le testament olographe, qu'il a seulement exigé l'écriture, la date et la signature, qui peuvent également se trouver dans une disposition de dernière volonté, par lettre missive, et qui doivent s'y trouver en effet. Il a livré le testament qui serait fait sous la forme d'une lettre missive à la législation générale, et aux principes qui devaient émaner de la disposition de l'article 970, concernant le testament olographe.

Nous avons vu opposer contre notre opinion ce que disait M. Bigot-Préameneu à la tribune du Corps législatif, en présentant le projet de la loi. « Toutes les autres formes de testament, et à plus forte raison les dispositions qui seraient faites verbalement, ou par signes, ou *par lettres missives*, ne seront point admises ». Mais nous ne voyons rien là de déterminant.

Sans doute on doit une grande déférence à ce qui a été dit sur un projet par un organe officiel de la loi. Mais en quel sens et comment cette déférence est-elle due ? C'est lorsque l'orateur s'explique sur une des dispositions que contient un projet de loi, lorsqu'il fait entendre dans quel sens elle doit être interprétée et suivie. Mais lorsque la clarté de la loi résulte, ou d'une disposition précise qui écarterait l'interprétation proposée, ou de l'absence totale d'une disposition législative que l'orateur voudrait faire sous-entendre, absence qu'on peut d'ailleurs expliquer par les lumières de la raison, ou par les principes généraux du droit, alors une simple opinion de l'orateur ne peut subjuguier celle des magistrats qui ont droit d'examiner comment la loi doit être exécutée. On peut dire à l'orateur : Vous avancez que la loi veut un changement, une suppression ; mais il eût été si aisé d'y écrire cette vo-

louté, et elle n'y est nullement. Alors on a le droit de recourir à la loi, et elle doit l'emporter sur une opinion qui n'est pas la loi.

D'ailleurs, l'orateur du gouvernement a pu entendre ces mots, *lettre missive*, dans une acception particulière, relative à sa manière de voir. Il a pu avoir dans la pensée une lettre d'honnêteté, de compliment, d'assurance de bienveillance : mais ce n'est pas ainsi que nous entendons un testament fait par lettre missive. Nous supposons qu'elle contient non une intention, non une promesse, mais une disposition testamentaire nette et précise. Et remarquons aussi que telle était la pensée de M. Blondeau, dans son plaidoyer, lors de l'arrêt de 1678. La manière dont il la développait, donnait une nouvelle force à ses moyens. « Mais, disait-il, il ne suffirait pas d'un simple compliment, il faut s'expliquer en des termes précis et affirmatifs ; il faut donner et non pas promettre. » C'est sur ce principe que sont rendus les arrêts (qu'on lui opposait), et qui n'ont pas considéré comme testament, les lettres qui promettaient seulement une succession. « Au fait particulier, disait-il ailleurs, la testatrice n'a pas écrit une lettre au sieur Bigeois par compliment, et pour lui témoigner sa bienveillance. » Il prouvait que la forme de la lettre missive, quoique simple, ne viciait nullement le testament ; voici ses expressions : « Les testaments olographes découvrent ingénument la volonté du testateur. Leur solennité est fort simple, ou plutôt, *c'est leur simplicité qui fait toute leur solennité.* »

Aussi M. Toullier, nos 378 et 379, émet la même opinion. « Mais, dit-il, cette disposition (de l'article 5 de l'ordonnance) n'ayant point été renouvelée par le Code, qui déclare au contraire que le testament olographe écrit, daté et signé de la main du testateur, n'est assujéti à aucune forme, il en résulte que les testaments par lettres missives sont valides comme dans l'ancien droit. Mais il faut, ajoute-t-il avec raison, quelle qu'en soit la forme, que le testateur ait expliqué clairement et sans équivoque, que son intention a été de faire une disposition de der-

nière volonté. Car il faut observer que l'acte qui constate une libéralité, ne peut être qu'une donation entre vifs ou un testament; si les clauses qu'il renferme, et la manière dont il est rédigé, ne caractérisaient précisément ni l'un ni l'autre de ces actes, alors l'acte serait nul. » C'est ce que nous avons dit au n° 224. M. Favard, dans son Répertoire, au mot *Testament*, sect. 1^{re}, § 2, n° 15, se décide aussi pour l'opinion que la forme du testament par lettre missive peut encore être usitée.

Mais nous pouvons invoquer un arrêt de la Cour royale de Colmar, par lequel cette Cour s'est déclarée pour la même opinion. L'arrêt est du 5 avril 1824; il est rapporté par M. Dalloz, vol. 25, 2^e partie, p. 62. Cet arrêt pourrait n'être pas exempt de critique, en ce qu'après avoir déclaré en principe que le testament dont il était question était valable, quoique fait sous la forme d'une lettre missive, il l'a cependant annulé, ainsi que l'avait fait le jugement dont était appel, et cela sur le fondement d'un écrit de la testatrice, non daté, qui portait révocation de cette même lettre, laquelle avait été déjà considérée comme ayant force de testament. Or, on pourrait-très-raisonnablement douter qu'un testament avoué pour tel, ait pu être révoqué par un acte qui ne pouvait être regardé comme un testament. Aussi M. Dalloz en fait judicieusement l'observation dans une note au bas de l'arrêt.

Mais ce n'est pas ce dont il s'agit dans le moment. Il n'est pas moins vrai que la Cour de Colmar a décidé la question en principe. Elle a eu soin de s'en expliquer, pour improuver, en cette partie, les motifs du jugement attaqué, d'après lesquels les premiers juges avaient adopté l'opinion, qu'un testament fait par une lettre missive était nul.

« Considérant, porte l'arrêt, qu'aucune forme spéciale n'est assignée par la loi aux testaments olographes; que l'acte du 9 mars 1813 est signé et écrit en entier par la dame de Burckenvald; que, bien qu'il soit adressé à Joseph Klein, *en forme de lettre*, il est qualifié acte de déclaration, et écrit sur papier timbré; qu'ainsi cet acte doit

conserver son caractère essentiel, et ne peut être envisagé comme un traité, ni comme une donation entre vifs, et qu'il n'a pas été nécessaire qu'il fût fait double.»

Nous avons traité la question ainsi qu'on vient de le voir, lorsque nous avons reçu le 17^e volume du Répertoire de M. Merlin. On y voit, au mot *Testament*, sect. 2, § 1^{er}, art. 5, une forte discussion à l'appui de l'opinion pour laquelle nous venons de nous décider.

Nous observons encore que, par suite de la simplicité des formes admises par le testament olographe, ce testament peut être écrit sur toute espèce de papier; qu'il n'est pas nécessaire, pour sa validité, qu'il soit écrit sur du papier timbré. Un arrêt de la Cour de Nîmes, du 20 janvier 1810, rapporté par Sirey, vol. 10, 2^e partie, page 23, a jugé valable un testament écrit sur le livre de compte du testateur. Cet arrêt semble bien rendu, dit M. Toullier, n° 361. Nous partageons cette opinion. Cependant il y aurait, dans ces deux cas, une amende encourue pour la contravention à la loi sur le timbre. On peut voir encore le Répertoire de M. Favard, au passage que nous avons ci-dessus indiqué]

SECTION II.

DU TESTAMENT PAR ACTE PUBLIC.

Définition de ce testament. — Division de cette section.

229. Le testament par acte public remplace celui qui était anciennement connu sous la qualification de testament *nuncupatif*, qui était public, c'est-à-dire, dicté par le testateur aux notaires et aux témoins.

« Ce testament, dit l'article 971 du Code, est celui qui » est reçu par deux notaires en présence de deux témoins, » ou par un notaire en présence de quatre témoins. »

Ici s'ouvre une carrière encore plus aride que celle que j'ai déjà parcourue, puisqu'il s'agit de s'occuper de formes dont plusieurs peuvent paraître minutieuses. Mais la

matière n'est pas moins importante, et je tâcherai de dédommager de la sécheresse du sujet par l'ordre et par la méthode.

Dans un premier paragraphe, je m'occuperai des formes générales du testament par acte public.

Dans un second, je traiterai de ce qui concerne les signatures, la qualité des témoins et la parenté respective de tous ceux qui concourent au testament.

§ 1er.

DES FORMES GÉNÉRALES DU TESTAMENT PAR ACTE PUBLIC.

Quelles sont ces formes. — De l'équipollence dans les formes et les termes employés par le notaire.

230. Il est dit dans l'article 972 : « Si le testament est » reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, » et il doit être écrit par l'un de ces notaires, tel qu'il est » dicté.

» S'il n'y a qu'un notaire, il doit également être dicté » par le testateur, et écrit par ce notaire.

» Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné lecture » au testateur en présence des témoins. Il est fait du tout » mention expresse. »

Cet art. 972 mérite la plus grande attention, attendu que l'inobservation de tout ce qu'il prescrit donnerait lieu à la nullité du testament, en conséquence de l'article 1001.

Il est cependant arrivé, et il peut arriver encore, que des notaires ne suivent pas les expressions mêmes de la loi, et se servent d'autres expressions qu'ils croient avoir absolument le même sens.

Dans ce cas il faut recourir à une règle qui paraît certaine.

C'est que si l'on peut tirer des expressions employées par le notaire, la conséquence nécessaire que tout ce que la loi prescrit a été observé, on ne devrait pas annuler le testament. Je ne crois pas qu'on doive reconnaître encore

dans les mots dont la loi se sert, des termes de formules, des termes sacramentels, auxquels il faille judaïquement s'asservir à peine de nullité. Nous ne sommes plus dans ces temps où, relativement à certaines matières, comme lorsqu'il s'agissait de retrait, l'emploi identique des mots consacrés par la loi, devenait nécessaire; ce qui avait introduit cette règle marquée au coin d'une sévérité ridicule, *Qui cadit à syllabâ, cadit à toto*.

Ce que je viens de dire, résulte de ce que dit Ricard, partie 1^{re}, n^{os} 1502 et suiv. Il s'est expliqué à cet égard avec autant de sens que d'énergie. En conseillant la stricte observation de ce que la loi prescrivait, il ajoute, *ce qu'il ne faut pas toutefois entendre superstitieusement, de sorte que l'équipollence n'y puisse pas être du tout reçue, ce qui serait rendre notre jurisprudence ridicule et sans fondement*. Mais en admettant l'équipollence, cet auteur a soin de dire qu'elle doit être rejetée, *si elle n'est identique, et si ce qui est employé pour accomplir les solennités prescrites par la Coutume, ne comprend son intention adæquate et identicè; de sorte que si les mots employés au testament n'avaient pas la même force que ceux qui ont été omis et qui étaient néanmoins désirés par la Coutume, et qu'il s'y puisse figurer quelque sorte de différence, le testament sera déclaré nul*.

Cet auteur cite quelques exemples des cas où il y a équipollence, et de ceux où il n'y en a pas, en appliquant des arrêts à chacune de ces espèces.

Les législateurs eux-mêmes ont souvent été comme forcés de reconnaître cette équipollence dans la rédaction des articles des lois, dans lesquels ils prescrivaient des formes. Il est dit dans l'art. 5 de l'ordonnance de 1735 : « Lorsque le » testateur voudra faire un testament nuncupatif écrit, il » en prononcera intelligiblement toutes les dispositions, en » présence, etc. » On lit dans l'art. 23 : « Lesquels notaires » ou tabellions, ou l'un d'eux, écriront les dernières volontés du testateur, telles qu'il les dictera, et lui en feront » ensuite lecture, de laquelle il sera fait une mention expresse; sans néanmoins qu'il soit nécessaire de se servir

» précisément de ces termes, *dicté, nommé, lu et relu*,
 » *sans suggestion*, ou autres requis par les Coutumes ou
 » Statuts, etc. »

Explication à cet égard.

231. Mais quand je parle de l'équipollence, j'entends principalement celle des mots, par comparaison de ceux que le notaire a employés, à ceux dont le législateur s'est servi. Car pour ce qui est de l'équipollence des formes, cette équipollence doit être plus rare, et ne peut se rencontrer que difficilement. On sent, en effet, qu'à cet égard tout se réduit à savoir si la forme voulue par la loi a été suivie exactement ou non. Il est difficile qu'on puisse dire qu'il y ait une question d'équipollence; il n'y en a guère d'autre que celle d'observation ou d'omission des formalités.

Autre remarque. — Le notaire n'est pas garant de la nullité des actes qu'il a reçus, hors les cas de fraude. — Arrêts sur ce point.

232. Je dois remarquer encore, qu'on aurait tort de conclure de ce que je viens de dire, que j'admette aisément que les notaires puissent substituer des expressions à celles de la loi; on sent au contraire qu'il ne peut jamais y en avoir de plus propres que celles dont le législateur s'est servi pour exprimer les formes qu'il a voulu établir. Si donc j'ai cru devoir m'expliquer à cet égard, c'est parce que, dans tous les temps, des questions de cette nature se sont élevées, par l'effet, soit de l'inattention, soit de l'ignorance de quelques notaires, et que par ce qui est déjà arrivé, on peut craindre ce qui peut arriver encore; et qu'enfin, en faisant connaître les différentes espèces qui se sont présentées, c'est exciter d'autant plus l'attention des notaires pour l'avenir.

Ce n'est pas qu'on admette en justice une action en garantie contre un notaire, à raison de nullités commises dans les actes dont il a été le ministre. *Errare humanum est*. Furgole, *des Testaments*, chap. 12, n° 15, cite les auteurs qui rapportent des arrêts qui l'ont ainsi jugé. Il n'y a de responsabilité civile que pour les pertes des mi-

nutes, les infidélités dans les dépôts, et enfin pour tout ce qui ne serait pas erreur, mais bien prévarication. Mais un notaire délicat, et soigneux de sa réputation, doit être vraiment affligé, lorsque, par un défaut d'attention ou par ignorance, il frustre les espérances de ceux qui étaient appelés à recueillir des dispositions.

Les arrêts rendus par différentes Cours royales depuis la première édition de ce Traité, doivent de plus en plus engager les notaires à porter toute leur attention dans la rédaction des testamens, et à se conformer littéralement à ce que la loi prescrit. Par arrêt du 4 juillet 1809, rapporté dans le *Recueil de Jurisprudence du Code civil*, page 178 du 13^e volume, la Cour royale de Colmar a annulé un testament, à raison du défaut de mention de la lecture au testateur en présence des témoins. Le notaire *Meyer*, rédacteur du testament, avait d'abord fait mention de la lecture à la testatrice, et mentionné ensuite la lecture aux témoins; mais rien ne constatait la lecture telle que la loi l'exige, *au testateur en présence des témoins*. Les héritiers institués ayant formé une demande en garantie contre le notaire, celui-ci fut condamné, par le même arrêt, à leur payer la valeur de la succession qui faisait l'objet de l'institution. Les motifs de cette décision sont, qu'en thèse générale, les notaires ne sont responsables que lorsqu'ils ont usé de dol et de fraude dans la passation de leurs actes; mais que l'ignorance crasse, la lourde faute du notaire, sont toujours assimilées au dol; et la Cour royale de Colmar considéra le défaut de mention qui viciait le testament annulé, comme une faute lourde qui rendait le notaire responsable, d'après le principe écrit dans les articles 1582 et 1583 du Code civil, que celui qui a causé à autrui un dommage, est obligé de le réparer, lors même qu'il n'y aurait eu de sa part que de la négligence ou de l'imprudence.

On ne peut disconvenir que cet arrêt ne soit trop sévère, surtout puisqu'il ne s'agit, dans le testament annulé par la Cour royale de Colmar, que d'un vice de rédaction qui aurait pu échapper à l'homme le plus habile. Aussi suis-je loin de penser que cet arrêt doive servir de règle.

Voici quelques arrêts rendus en faveur des notaires, et qui, je crois, doivent plutôt être consultés dans de semblables contestations.

Un testament, reçu par le notaire *Delacroix*, contenait des legs en faveur de deux filles et d'une nièce de ce notaire. Le testament ayant été annulé par ce motif, il s'agissait de savoir si le notaire devait une garantie aux légataires universels. L'article 8 de la loi du 25 ventôse an 11, relative à l'organisation du notariat, porte que les notaires ne pourront recevoir des actes dans lesquels leurs parens ou alliés en ligne directe à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement, seraient parties, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur; et d'après l'article 68 de la même loi, tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux articles 6, 8, 9, etc., est nul, s'il n'est pas revêtu de toutes les signatures des parties; et, lorsque l'acte est revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaut que comme écrit sous signature privée, *sauf dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant*. La Cour royale de Douai, par arrêt qu'on trouve dans le Recueil de Denevers, volume de 1810, page 124 du *Supplément*, a jugé : « Que des mots, *s'il y a lieu*, insérés dans l'article 68, il résulte que la peine » portée par cet article n'est pas généralement et indistinctement applicable, dans tous les cas, aux contraventions énoncées, mais seulement à celles qui pourraient » résulter du dol, ou d'une erreur grave et comparable » au dol, et que la question relative à la nullité du testament (comme contenant des legs au profit des parens » du notaire) ayant été entièrement controversée entre » plusieurs jurisconsultes, et diversement décidée par » différentes Cours, l'erreur du notaire *Delacroix*, sur » cette question, ne peut être regardée comme tellement » grave, que les sieurs *Debueix*, privés, par suite de » cette erreur, d'un legs universel, puissent exiger de » ce notaire l'équivalent du legs qu'ils ont manqué de » recueillir. »

Le sieur *Martin*, notaire, reçut un testament le 12 germinal an 11. L'acte commençait par ces mots : *Par-devant le notaire et les témoins soussignés, a comparu,....* et était terminé par ceux-ci, *lesdits jour et an, entour midi*. Ainsi le testament était sans date : seulement en marge de la minute était notée, en chiffres, la date du 12 germinal an 11. Saisi de la demande en nullité et d'une demande en garantie contre le notaire *Martin*, le tribunal civil d'Issoire annula le testament, et condamna le notaire à 4,000 fr. de dommages-intérêts envers le légataire universel. Sur l'appel de ce jugement de la part du notaire, et de la part du légataire universel qui se plaignait de l'insuffisance des dommages-intérêts, la Cour royale de Riom, par arrêt du 10 janvier 1810, rapporté dans le Recueil de Denevers, volume de 1811, page 52 du *Supplément*, a mis les parties hors de Cour, et compensé tous les dépens, « Attendu qu'on ne reproche à *Martin* ni dol, » ni prévarication, ni mauvaise foi; — Attendu, par conséquent, que l'erreur par lui commise, en omettant la » date du testament de Marie Dufaut, femme de l'intimé, » ne pouvant être imputée à ignorance ou impéritie, parce » que c'est la première fois que cette erreur lui a échappé, » ne peut être considérée que comme un de ces défauts » d'attention qui peuvent échapper à l'homme le plus » délicat, à l'officier le plus exact; joint d'ailleurs qu'il » est excusable par les différentes circonstances dans les- » quelles cette erreur a échappé au notaire; — Attendu » qu'en point de droit, et en général, sauf les cas de dol » ou de prévarication, les notaires ne sont point responsables des nullités qui peuvent se rencontrer dans les actes » et contrats qu'ils reçoivent, à l'exception des cas expressément prévus par la loi; — Attendu qu'il est inutile, » dans l'espèce, d'examiner si l'article 12 ne se trouvant » pas rappelé dans l'article 68 de la loi du 25 ventôse an 11, » c'est le cas d'appliquer les peines portées par ce dernier » article, ou si on ne doit pas plutôt croire que cet article 12 se trouvant omis, la loi l'a fait à dessein, sans qu'il » soit permis de suppléer à son omission; il suffit que

» l'article 68, déterminant expressément les peines qu'il
 » prononce, ne porte contre les notaires celle des dom-
 » mages-intérêts des parties, que dans les deux cas où l'acte
 » n'est point signé des parties, ou que se trouvant signé
 » d'elles, il ne vaut que comme acte sous seing-privé, les-
 » quels cas n'ont aucun rapport à celui de la contestation;
 » — Attendu, enfin, que lorsque la loi du 25 ventôse an 11
 » a jugé à propos de prononcer cette peine de dommages
 » intérêts, elle a déterminé les cas et fait des articles exprès
 » pour cette peine particulière, ce qu'elle n'a fait ni dans
 » l'article 12, ni pour cet article dans le 68^e.

La Cour royale de Rouen s'était montrée encore plus favorable aux notaires, par un arrêt du mois de juin 1809, rapporté dans le *Recueil de jurisprudence du Code civil*, page 23 du 15^e volume. Dans l'espèce de cet arrêt, un notaire n'avait point énoncé dans un testament que lecture en avait été donnée à la testatrice en présence des témoins. A l'appui de la demande en garantie formée contre le notaire, le légataire offrait de prouver qu'il avait présenté au notaire un modèle ou formulé d'acte qu'il n'avait pas voulu suivre, en disant « que chacun devait faire son métier, » et que si l'acte n'était pas parfait, ce serait lui qui en deviendrait garant. La Cour royale de Rouen, réformant la décision des premiers juges, qui avaient ordonné la preuve qu'un modèle ou formulé de rédaction avait été présenté au notaire avant la confection du testament, et qu'il avait refusé de s'y conformer, en disant que chacun devait faire son métier, a jugé, en point de droit, qu'un notaire ne pouvait être garant des actes de son ministère que pour dol personnel, faute grave ou erreur grossière équipollente à un dol; et en point de fait, que la cause de la nullité du testament dont il s'agissait, ne devait point être rangée dans cette catégorie; qu'elle appartenait tout entière à la fragilité de l'intelligence humaine, et ne pouvait par conséquent donner lieu, par elle-même, à la responsabilité du notaire. La Cour royale de Rouen, au surplus, sur le fait particulier dont la preuve avait été ordonnée, a considéré qu'aucune loi n'obligeait les notaires

de se soumettre aux formules qui pouvaient leur être présentées; que tout ce que pouvait faire la partie, sur le refus du notaire, c'était de ne se point servir de son ministère, et que quand elle l'employait malgré le refus, elle était censée renoncer d'elle-même à sa formule.

[*Observations et nouveaux arrêts à ce sujet.*]

[232 *bis*. Depuis la seconde édition de ce Traité, il a été rendu une foule d'arrêts sur cette question, qui l'ont décidée diversement, suivant les circonstances. Nous pensons qu'il serait aussi fastidieux qu'inutile pour la science du droit, de les analyser. Nous ferons seulement remarquer un arrêt de la Cour de cassation, section des requêtes, du 14 mai 1822, rapporté par Sirey, vol. 23, pag. 185. On voit au bas de cet arrêt une note très-intéressante, dans laquelle l'auteur du Recueil présente l'état de la jurisprudence à ce sujet. Il fait connaître les arrêts rendus jusqu'alors sur cette question, avec les espèces sur lesquelles ils ont prononcé. Nous avons vu les mêmes arrêts rapportés en détail dans d'autres ouvrages; mais la note que nous venons d'indiquer suffit pour justifier le parti que nous prenons de nous dispenser d'un soin qui serait superflu. On voit encore, dans la discussion qui a préparé cet arrêt du 14 mai 1822, les moyens et les autorités, soit anciennes, soit nouvelles, qu'on pourrait invoquer pour et contre.

Venons à cet arrêt. La Cour royale de Nancy avait condamné un notaire à garantir la dame Honnemann de la nullité d'un testament qui l'instituait légataire. Cette nullité était motivée sur ce que le testament ne contenait pas la mention que le testateur avait déclaré ne savoir ou ne pouvoir signer, formalité établie, à peine de nullité, par les art. 973 et 1001 du Code civil, et par l'article 14 de la loi du 25 ventôse an 11, relative au notariat. Le notaire se pourvut en cassation; mais le pourvoi fut rejeté; et il est important de connaître les motifs de l'arrêt : « Attendu que les art. 68 et 14 de la loi du 25 ventôse an 11, n'ont pas attaché au seul cas de fraude ou de dol, les dommages-intérêts dont les notaires peuvent être tenus vis-à-vis des par-

ties pour lesquelles ils rédigent des actes ; mais qu'ils les ont fait dépendre de l'omission de certaines formalités préjudiciables à leurs cliens ; et que ces mots, *s'il y a lieu*, laissent aux tribunaux *le pouvoir discrétionnaire* de déclarer si ces dommages-intérêts doivent être prononcés ou refusés ; **REJETTE.** »

Quoique cet arrêt accorde un *pouvoir discrétionnaire* aux tribunaux, d'après l'appréciation des faits et des circonstances, il ne laisse pas de consacrer un principe infiniment remarquable sur la question. Ce principe est que la fraude et le dol ne sont pas seuls nécessaires pour assujétir le notaire aux dommages-intérêts, qu'il peut encore les encourir par *l'omission de certaines formalités préjudiciables* aux parties. Il faut remarquer que de la doctrine des anciens auteurs, dont quelques-uns ont été cités par nous dans le n° précédent, et dont quelques autres le sont dans la discussion qui a préparé l'arrêt de la Cour de cassation, du 14 mai 1822, il paraissait résulter que, pour que le notaire encourût la peine des dommages-intérêts, une omission des formalités prescrites par la loi, un défaut d'attention, une impéritie même, ne suffisait pas ; qu'il fallait qu'on pût lui imputer un dol, une fraude. Or, c'est contre cette idée que s'élève l'arrêt de la Cour de cassation.

De cet arrêt et de l'ensemble de tous les autres qui sont intervenus sur cette matière, et que nous avons examinés, il nous paraît qu'on peut tirer une règle générale, qui peut servir de guide pour la décision de la question, selon les divers cas qui peuvent se présenter ; et nous réduisons ces cas à deux principaux.

Un notaire se trouve-t-il en défaut sur un point qui aurait exigé des connaissances particulières, dans lequel la loi n'eût pas été précise, et où il aurait fallu, pour se bien pénétrer de la disposition de la loi, user de raisonnemens plus ou moins profonds, de conséquences, d'inductions, où il eût fallu recourir à des interprétations, surtout si la loi par elle-même n'était pas claire ? Alors les tribunaux peuvent user d'indulgence : c'est le cas d'appliquer la maxime, *Errare humanum est*. Les parties doivent s'im-

puter de n'avoir pas employé le ministère d'un notaire plus instruit, ou de ne pas l'avoir guidé par des conseils d'un jurisconsulte éclairé. On pourrait encore considérer la question sous le même rapport, s'il s'agissait de l'application d'une loi récemment rendue, qu'on n'aurait encore pas eu le temps d'étudier, et dont on n'aurait pu se pénétrer parfaitement.

Ou un notaire a à s'imputer l'omission d'une forme essentielle pour la validité de l'acte, laquelle serait prescrite, avec précision, par la loi, de manière à ne présenter aucune équivoque, aucune difficulté; ou bien même le notaire aurait-il fait une chose expressément défendue par la loi, et qui donnerait lieu à la nullité de l'acte; alors il devrait être responsable envers les parties qui auraient à se plaindre, et encourir des dommages-intérêts. Il y aurait alors une imperitie, une ignorance qui deviendrait inexcusable, et qui serait bien différente d'une erreur ordinaire; il y aurait une faute lourde, *lata culpa*, que les lois assimilent au dol. Tout officier public qui exerce des fonctions aussi importantes que celles de notaire, doit nécessairement connaître les premières règles, les élémens, les principes fondamentaux de son état. Il ne peut s'excuser d'avoir ignoré les formes établies par les dispositions précises de la loi pour la validité des actes, ou même de les avoir omises. On a droit d'exiger de lui la connaissance de ces formes, et l'attention la plus scrupuleuse à les suivre; *imperitia culpæ adnumeratur*, dit la loi 132, ff. de reg. jur.

Nous citerons pour exemple, relativement au premier cas, un arrêt de la Cour royale de Riom, première chambre, rendu le 28 mai 1824, dans l'espèce que voici : Un notaire avait reçu un contrat de mariage, le 2 ventôse an 13; quelques parens des parties avaient seuls assisté à ce contrat, mais aucun d'eux, à raison de leur parenté même, ou parce qu'ils n'étaient pas signataires, n'avait les qualités requises pour assister comme témoins aux actes pour lesquels la présence de témoins est prescrite par les lois. La question de savoir si la présence de témoins idoines était nécessaire pour les contrats de mariage comme

pour les autres actes, était un sujet de controverse à l'époque du contrat de mariage dont il s'agissait. Mais, enfin, il avait été reconnu qu'il ne devait être fait aucune distinction à cet égard, entre les contrats de mariage et les actes ordinaires. (On peut voir une dissertation sur cette question, dans notre *Traité des Hypothèques*, tom. 1^{er}, pag. 10, n° 8. Elle est étendue, parce qu'il s'agissait d'établir un point de jurisprudence, sur lequel les opinions des jurisconsultes, et même les décisions des tribunaux étaient divisées.) La nullité des dispositions portées au contrat de mariage fut demandée, et il y eut une réclamation en dommages-intérêts contre le notaire. Les premiers juges prononcèrent la nullité des dispositions portées au contrat, et ils condamnèrent le notaire en des dommages-intérêts. Sur l'appel, la Cour royale confirma le jugement relativement à la nullité; mais elle l'infirma quant à la condamnation en dommages-intérêts. Voici les motifs de son arrêt :

« En ce qui touche le chef du même jugement qui condamne le notaire aux dommages-intérêts résultant de la nullité opposée contre le contrat de mariage; — Attendu qu'à l'époque dudit contrat de mariage, il s'était élevé, d'après la combinaison de différens articles du Code civil, et de la loi sur le notariat, du 25 ventôse an 11, la question de savoir si, pour les contrats de mariage, la présence de deux témoins *idoines*, était, ou non, nécessaire comme pour tous autres actes notariés, et qu'il y a eu, à cet égard, diversité d'opinions et d'arrêts; — Attendu que, dans cette circonstance, l'erreur dans laquelle est tombé le notaire, est excusable; — La Cour, *portée à l'indulgence, uniquement à raison de cette circonstance*; — Dit qu'il a été mal jugé sur ce second chef, par le jugement dont est appel; émendant, sur la demande en garantie et en dommages-intérêts, formée par le notaire, met les parties hors de Cour, etc. »

Il est vrai que l'arrêt est relatif à un contrat de mariage, qui est un acte différent d'un testament; mais lorsqu'il s'agit seulement de la responsabilité que les notaires peuvent encourir, les principes sont les mêmes pour tous les

actes quelconques. Nous ferons seulement remarquer l'analogie qui existe, quant aux motifs, entre cet arrêt et celui de la Cour royale de Douai, que nous avons rapporté dans le n^o précédent.

En ce qui concerne le second cas que nous avons ci-dessus posé, nous indiquerons un autre arrêt de la même Cour royale de Riom, seconde chambre, du 18 juillet 1820, qui pourra aussi servir d'exemple.

Dans l'espèce de cet arrêt, Madeleine Veyssset, veuve Mailhot, fit un testament, reçu C***, notaire, en date du 18 mai 1814, par lequel elle institua Jeanne Souchal, son héritière générale et universelle dans tous les biens qu'elle laisserait à son décès, à la charge d'acquitter différens legs, qui s'élevaient à la somme de 1,100 fr., qu'elle fit en faveur de ses héritiers de droit. Le 13 juin suivant, la même Madeleine Veyssset fit un second testament devant le même notaire, par lequel elle confirma l'institution qu'elle avait faite en faveur de Jeanne Souchal; mais elle supprima les legs particuliers contenus en son premier testament, en sorte que l'institution devenait pure et simple; elle déclara casser et révoquer tous autres testamens par elle ci-devant faits. On sent que si le second testament devait être déclaré nul, il en résultait que le premier reprenait son entier effet, et que dès lors Jeanne Souchal, instituée héritière, devenait chargée du paiement des legs, montant à 1,100 f., duquel paiement elle était dégagée par le second testament.

Or, la nullité de ce second testament fut prononcée; mais Jeanne Souchal traduisit en justice le notaire qui l'avait reçu, pour qu'il fût garant de cette nullité, et, comme tel, condamné aux dommages-intérêts résultant de l'obligation d'acquitter les legs, laquelle était une suite de la nullité. Cette nullité était fondée sur ce qu'il n'avait pas été fait, dans le second testament, une mention régulière que la testatrice avait été interpellée de signer, et qu'elle avait déclaré ne savoir le faire: cette mention n'ayant été qu'ajoutée dans la minute à la fin du contexte, par forme de renvoi non approuvé, ce qui rendait l'acte nul dans son entier.

Les premiers juges pensèrent qu'il n'y avait pas lieu à appliquer les dispositions de l'art. 15 de la loi du 25 ventôse an 11, et rejetèrent la demande en garantie contre le notaire; mais, sur l'appel, le jugement fut infirmé, et le notaire fut condamné aux dommages-intérêts évalués à 1,105 fr. Nous rapportons les principaux motifs de l'arrêt :

« La Cour, vu les articles 14, 15 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, et après avoir pris connaissance de la minute du testament dont il s'agit; — Attendu, dans le fait, qu'à l'inspection de cette minute, on demeure convaincu, 1° qu'il y existe des marges beaucoup plus que suffisantes sur lesquelles le notaire pouvait et devait placer le renvoi qui a été mis à la fin de cet acte, et après la clôture; 2° que ce renvoi qui se trouve posé au dessus de la signature du notaire et des témoins, est écrit en lettres plus serrées que le corps de l'acte; 3° qu'il n'a été approuvé, ni par les témoins, ni par le notaire, en conformité de l'art. 15 de la loi précitée; — Attendu que ce renvoi, important par lui-même en ce qu'il tendait à valider le testament, nul dans sa rédaction, eut pour objet de réparer une omission qui en a fait prononcer la nullité par le jugement dont est appel, qui, en ce point, n'a pas été attaqué par les héritiers naturels de la testatrice; — Attendu que cette omission démontrée, constitue contre le notaire une faute grave, qui le rend passible des dommages-intérêts réclamés par la partie de Vissac; — Attendu, toutefois, que ces dommages-intérêts ne doivent pas excéder la perte qu'a éprouvée la partie de Vissac, par l'oubli du notaire, ou la faute grave qu'il a commise, en n'exécutant pas la disposition de la loi, que son devoir et ses fonctions ne lui permettaient pas d'ignorer; et que s'il n'y a pas dol, il y a au moins, comme on l'a dit ci-dessus, faute grave et impéritie, de laquelle la partie intéressée ne doit pas être la victime. »

On peut voir cet arrêt dans le Journal des audiences de la Cour royale de Riom, année 1820, pag. 535. Nous pourrions en citer d'autres rendus dans le même sens; mais

la connaissance en devient inutile, dès que la distinction que nous avons déjà proposée, est établie par celui que nous venons de rapporter. D'autres arrêts conformes ne lui donneraient pas une nouvelle force.

Nous devons avouer que dans ce qui vient d'être dit, on apercevra plus de sévérité que nous n'en ayons montré dans le précédent numéro, au moins, en ce qui concerne les cas d'omission et d'impéritie; mais nous avons été conduits à cette sévérité par le résultat des arrêts des Cours royales, et surtout par celui de la Cour de cassation, du 14 mai 1822.

Nous ne nous expliquons pas sur les cas de dol ou de fraude qu'on pourrait reprocher au notaire, parce qu'il est trop évident qu'alors la responsabilité et la condamnation en des dommages-intérêts, ne peuvent éprouver aucune difficulté: il pourrait même, selon les circonstances, y avoir lieu à une inscription en faux, procédure qui, comme on le sent, est d'une tout autre importance.]

Première espèce relative à l'équipollence des mots.

235. J'en viens aux différentes espèces que j'ai annoncées, relatives à l'équipollence des mots; je commence par une qui s'est présentée du temps de Ricard, qui donna lieu à un arrêt qu'il cite, et que j'ai vu se renouveler depuis la promulgation du Code civil.

Ricard, partie 1^{re}, n° 1505, rapporte un arrêt du 16 février 1617, qui déclara un testament nul, parce qu'au lieu de ces mots, *dicté et nommé*, requis par la Coutume d'Orléans, le notaire s'était servi de ceux-ci : *Proféré par sa propre bouche*. Il était dit ensuite que *les notaires l'avaient rédigé par écrit en la manière qui en suit*, etc.

» Ces mots, *proféré par sa propre bouche*, dit Ricard,
 » n'emportent pas absolument la même signification que
 » ceux-ci, *dicté et nommé*; car *dicter* vaut autant à dire
 » que parler et proférer de sa propre bouche, à dessein
 » qu'un autre le rédige par écrit; au lieu que *proférer de*
 » *sa propre bouche*, ne veut dire autre chose, et ne signi-
 » fie rien davantage que parler. »

Autre espèce. — De la mention que le testament a été dicté par le testateur.

234. Dans l'espèce d'un arrêt de la Cour d'appel de Turin, du 14 fructidor an 12, rapporté dans le Recueil de jurisprudence du Code civil, volume 3, pages 85 et suivantes, il s'agissait d'un testament rédigé en langue italienne, le 13 messidor an 11, où le notaire avait dit que Martin Rolandon s'est trouvé présent devant lui et les sept témoins y nommés; que voulant faire son testament, il *ordonne et veut*, en premier lieu, etc.;

Qu'il institue *et nomme de sa propre bouche*, héritière particulière, etc.;

Que dans tous ses autres biens il *nomme de sa propre bouche* héritières universelles, etc.

L'acte était terminé par les mots suivans : « C'est là ce » que Martin Rolandon a *dit et dit* être sa dernière volon- » té, qu'il veut et entend être exécutée, etc. »

Le testament fut déclaré nul, sur le fondement, ainsi qu'on le voit dans les motifs de l'arrêt, « que la loi veut » impérieusement, à peine de nullité, non-seulement que » le testament soit dicté par le testateur, et écrit par le » notaire tel qu'il est dicté, mais qu'il soit fait du tout » mention expresse.

» Que le véritable esprit de cette loi tend à constater, de » la manière la plus certaine, que le testament renferme la » véritable volonté du testateur, à s'assurer de l'état de ses » facultés intellectuelles, et à écarter des fraudes; qu'il » doit résulter que le testateur *a dicté le testament*, et que » le notaire l'a écrit, par la mention expresse consignée » dans le testament, et non par aucune autre espèce de » preuve..... que le notaire n'a pas même suppléé à la » mention expresse voulue par la loi, en narrant histori- » quement que le testateur avait ordonné telle ou telle autre » chose, surtout si l'on observe que ce n'est pas le testateur » qui parle en première personne, mais le notaire seul; » d'où il suit que ce dernier peut bien être envisagé comme » le rédacteur des volontés du testateur, mais non pas

» comme un écrivain qui les a écrites sous la dictée du testateur. »

Il faut encore observer que, dans cette espèce, le testament était attaqué par un autre moyen de nullité, qui résultait de ce que c'était seulement après les signatures du testateur et des témoins, que le notaire avait déclaré qu'il avait écrit *la minute de sa main*, et qu'il avait *signé*. On disait que cette mention de l'écriture de la part du notaire devait avoir été écrite dans le corps même du testament, et *en présence des témoins*.

On voit dans le récit de l'espèce et des motifs de l'arrêt, que ce second moyen frappa aussi les juges; mais il n'est pas moins vrai qu'ils adoptèrent également le premier moyen de nullité.

On voit donc combien il est important de se servir du mot *dicté*, énoncé dans l'article 972, afin d'éviter toutes sortes de contestations.

Autres espèces.

235. Il s'est présenté une autre espèce, dans laquelle, quoique le testament ne contient pas le mot *dicté*, il pouvait s'élever un doute plus sérieux sur la nullité du testament, parce qu'un ensemble d'*expressions* qu'on y voit, peut présenter une bien plus forte équipollence. Je dois observer, en parlant d'équipollence, que la Cour d'appel de Turin en avait admis le principe dans les motifs de son arrêt, en disant, « que si quelque interprétation de la loi » dont il s'agit, pouvait être permise, elle devait être bornée au cas où un testament renfermerait des expressions » dont la conséquence immédiate, et absolument nécessaire, fût que les formalités avaient été vraiment remplies. »

Mais elle pensa que cette conséquence ne résultait pas, au moins suffisamment, des termes du testament.

Dans l'espèce que je viens d'annoncer, le testament était conçu en ces termes : « Nous notaire, nous sommes transporté, etc., lui avons demandé le sujet de notre transport; a répondu qu'il requerrait notre ministère, etc.

» Et en y adhérant, nous notaire, avons écrit de notre
» propre main *mot à mot* ses intentions et déclarations,
» ainsi qu'il suit : Je donne et lègue, etc. »

Toutes les dispositions étaient conçues, en faisant parler le testateur en première personne, *je*, etc., *je*, etc.

« Après quoi (était-il dit dans l'acte), lui avons fait lecture du présent testament ; a déclaré qu'il contenait réellement ses intentions de dernière volonté. »

On prétendait que le testament était nul, parce qu'il ne contenait pas la mention expresse qu'il avait été dicté par le testateur. Mais, dans ce cas, la nullité ne souffre-t-elle pas plus de difficulté que dans l'espèce de l'arrêt de la Cour d'appel de Turin ? Ces mots, *avons écrit* de notre propre main, *mot à mot*, ses intentions et déclarations, ces expressions *mot à mot*, jointes à celles-ci, et *déclarations*, n'équivalent-elles pas à la mention que le testament a été dicté par le testateur ? L'équipollence peut se former par un ensemble d'expressions, dont chacune, prise en particulier et isolément, ne suffirait pas pour l'établir.

Cependant les auteurs du Recueil de jurisprudence du Code civil sont d'avis, tome 5, page 365, quoiqu'il n'y ait pas encore de jugement, que le testament est nul. Je crois que c'est un cas où il est permis de douter, et les incertitudes ne pourraient être fixées que par l'autorité de la chose jugée.

Les auteurs de ce recueil se fondent, il est vrai, sur l'arrêt de la Cour d'appel de Turin, du 14 fructidor an 12, que je viens de rapporter.

Mais on peut trouver quelque différence entre les deux espèces. Les termes employés dans le testament soumis à la Cour d'appel de Turin, peuvent n'avoir pas la même énergie que l'ensemble de ceux qui sont dans le testament dont je viens de parler ; et le moindre changement dans les mots, peut produire une nuance capable de déterminer une opinion différente. Il y avait encore cette circonstance, que, dans ce dernier testament, le testateur parlait en première personne, au lieu que, dans celui sur lequel est intervenu l'arrêt de la Cour d'appel de Turin, le testateur parlait en

tierce personne : et on a déjà vu que cette Cour avait relevé cette circonstance.

Un arrêt rendu par la Cour royale de Riom, le 26 mars 1810, et rapporté dans le Journal des audiences de cette Cour, page 197 du volume de 1810, trouve ici naturellement sa place.

Un testament commençait ainsi : « Par-devant nous, notaire royal, a comparu Jeanne Falcimagne, etc.... icelle nous a requis de prendre et recevoir son testament et disposition, qu'elle entend faire, ainsi qu'elle nous le dictera, et d'après que le présent testament aura été écrit, par nous, notaire, de notre propre main, ainsi que nous, notaire, l'avons fait en présence de mes témoins bas nommés; laquelle, après avoir recommandé, etc., nous a dit de sa propre bouche : 1^o Je donne et lègue, etc. »

Les héritiers de Jeanne Falcimagne ont attaqué son testament, et ils ont proposé comme devant entraîner la nullité, notamment le défaut de mention expresse que le testament eût été dicté par la testatrice, et qu'il eût été écrit par le notaire.

On disait pour eux que la mention, soit de la dictée par la testatrice, soit de l'écriture par le notaire, n'était pas expresse; que la testatrice n'avait d'abord fait qu'annoncer l'intention de dicter son testament, et le notaire celle de l'écrire; qu'il n'était point exprimé ensuite que le notaire avait réellement écrit, et surtout que la testatrice avait dicté ses dispositions, les mots qui suivent, *nous a dit de sa propre bouche*, ne pouvant pas signifier que la testatrice avait dicté. La Cour royale de Riom ne s'est pas arrêtée à ces moyens : elle a annulé le testament de Jeanne Falcimagne, mais par un autre motif, ainsi que nous le verrons plus bas. Quant aux moyens que je viens de présenter, voici le résumé des motifs donnés par cette Cour : 1^o Il est exprimé que la testatrice a requis le notaire de recevoir son testament, qu'elle entend faire *ainsi qu'elle le dictera*; il est énoncé ensuite qu'elle *a dit de sa propre bouche : Je donne et lègue*, etc. : dans cette diction, il y a mention bien expresse et preuve évidente que la testatrice a entendu dicter

son testament; qu'elle l'a dicté, en effet, *en disant de sa propre bouche* ce que le notaire a écrit, et que le notaire n'a réellement écrit que ce qui lui a été ainsi dicté. 2° Les expressions dont s'est servi le notaire pour satisfaire à la disposition de la loi, quoique peu laconiques, expriment très-positivement qu'il a écrit lui-même le testament, puisqu'ayant dit d'abord que le testament serait écrit de sa propre main, il ajouta ces mots : *ainsi que nous, notaire, l'avons fait*; par où il atteste suffisamment et très-expressement qu'il l'a réellement écrit de sa propre main.

Du reste, la mention que le testament a été dicté, et que le notaire l'a écrit, montre suffisamment qu'il a été dicté au notaire, et écrit par lui *sous la dictée*; c'est ce que la Cour d'appel de Bruxelles a jugé pour un testament qui renfermait les énonciations suivantes : « Le testateur a fait et dicté » son testament, écrit par moi, notaire, en la forme et de » la manière suivantes... Je déclare et dicte que ce qui est » écrit est ma dernière volonté; etc. » Cet arrêt, qui est du 23 mars 1806, est rapporté dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 76 du 7^e volume.

[Les espèces dans lesquelles s'est présentée la question de savoir s'il résultait, ou non, de la manière dont le notaire s'était expliqué, que la loi eût été observée, relativement à la dictée du testament par le testateur, se sont multipliées presque à l'infini. Nous croyons, sur des difficultés de cette nature, devoir renvoyer aux Recueils d'arrêt où l'on trouve toutes ces espèces retracées avec les arrêts qui ont été rendus. Mais nous indiquerons surtout le 17^e volume du Répertoire de M. Merlin, au mot *Testament*, sect. 2, § 3; art. 2, pages 699 et suivantes. L'auteur y traite successivement dix questions qui se sont élevées à ce sujet. Il rapporte exactement les espèces, et les arrêts qui y sont intervenus. On y voit les trois arrêts que nous venons de rapporter dans ce n° et dans le n° 234. On sent bien que ces arrêts ne portent aucun changement aux principes que nous avons posés. Ils dérivent seulement des questions que le défaut d'observation de la loi faisait naître, et l'on sent aussi combien de nuances peuvent être produites par les suites de l'inattention ou de

la négligence des notaires. Mais enfin, la loi étant mieux connue et étant alors pratiquée avec exactitude, ces nuances disparaîtront, et les principes qui auront été posés resteront, en même temps qu'ils seront suffisants.]

On peut faire parler le testateur à la troisième personne.

236. En rapportant au n° 234 l'arrêt de la Cour d'appel de Turin, du 14 fructidor an 12, j'ai eu occasion de parler de la forme qui consiste à faire expliquer le testateur en première personne ; mais ce n'a pas été pour dire que cette forme de rédaction soit nécessaire ; c'est seulement pour annoncer que, dans la circonstance où l'on se trouvait lors de cet arrêt, cette forme pouvait donner une nouvelle force à ces mots, *et déclarations*, étant surtout accompagnés de ceux-ci, *écrit mot à mot*. On a toujours pu faire parler le testateur en troisième personne, *le testateur donne et lègue*, etc. La Cour d'appel de Turin l'a sans doute entendu de même, malgré l'énoncé de l'un de ses motifs. Cette Cour a sans doute voulu seulement, par cette observation, démontrer de plus en plus l'insuffisance des termes employés dans le testament dont le sort lui était soumis. Aussi trouve-t-on dans le Recueil de jurisprudence, du Code civil, 5^e vol., page 256, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, du 3 fructidor an 12, qui a rejeté un moyen de nullité, fondé sur ce que dans le testament l'on n'avait fait parler le testateur qu'à la troisième personne.

Des arrêts semblables ont été rendus par la Cour royale de Nîmes, le 29 avril 1806 ; par la Cour royale d'Angers, le 15 août 1807 ; par la Cour royale de Riom, le 17 novembre 1808 ; et enfin, par la Cour de cassation, le 18 janvier 1809. L'arrêt de la Cour de cassation casse un arrêt de la Cour royale de Poitiers, qui avait jugé différemment. Ces différens arrêts sont rapportés, les deux premiers dans le Recueil de jurisprudence du Code, pages 421 du 7^e volume, et 145 du 10^e ; celui de la Cour royale de Riom, dans le Journal des audiences de cette Cour, page 51 du vol. de 1809 ; et celui de la Cour de cassation, dans le Recueil de Denevers, vol. de 1809, page 22 ; et dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 163 du 12^e vol.

[On peut voir dans le 17^e vol. du Répertoire de M. Merlin, au mot *Testament*, § 3, art. 1^{er}, n^o 10, page 697, un arrêt de la Cour de cassation, du 11 novembre 1823, qui est conforme à tout ce qui vient d'être dit.]

De la rédaction du testament par le notaire.

237. M. Malleville a fait une observation judicieuse, dans son *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, tome 2, page 438, en disant : « Je ne crois pas, au reste, » que le notaire doive écrire en patois, un testament que le » testateur lui dictera dans cet idiome, ni même qu'il soit » obligé de se servir des mêmes termes que le testateur : le » notaire est seulement obligé de rendre exactement le » sens des dispositions que le testateur lui dicte ; et c'est » ainsi que les diverses lois qui ont exigé la dictée, ont » toujours été entendues. »

Lacombe, dans son commentaire sur l'art. 23 de l'ordonnance de 1735, disait encore très-naïvement : « Il » n'est cependant pas défendu au notaire, après avoir entendu le testateur sur chaque disposition, d'en rédiger » la diction dans un ordre et un sens français et intelligible, même de représenter au testateur les contradictions qui se peuvent rencontrer dans les termes dont il se sert pour expliquer ses dispositions. »

On peut rapprocher de ces observations un arrêt de la Cour de cassation, du 26 juillet 1808, rapporté dans le *Recueil de Denevers*, vol. de 1808, page 571.

La demoiselle Hamelin fit un testament public, le 2 prairial an 12. « Est comparue, y est-il dit, demoiselle » Françoise Hamelin.... laquelle a, par le présent, fait son » testament et acte de dernière volonté, et les a dictés à » nousdit notaire, qui les avons écrits et rédigés de la » manière et ainsi qu'il suit. » Dans la phrase qui termine le testament, on remarque ces mots : « dicté par ladite » testatrice, à nousdit notaire, qui l'avons rédigé en présence, etc. »

Les héritiers légitimes de la demoiselle Hamelin, présentèrent plusieurs moyens de nullité contre ce testament ;

ils en firent résulter un notamment de ce que le notaire avait déclaré avoir *rédigé* le testament, tandis qu'aux termes de l'art. 972 du Code civil, il devait l'*écrire* TEL QU'IL LUI AVAIT ÉTÉ DICTÉ par la testatrice.

Le tribunal civil de Mortagne déclare nul le testament du 2 prairial an 12 ; mais la Cour royale de Caen infirma ce jugement. Les raisons qui ont déterminé cette décision sont qu'on trouve dans l'acte attaqué, que la testatrice a fait son testament et acte de dernière volonté ; que le notaire dit que la testatrice les a dictés, qu'il les a écrits et rédigés ; que le mot *rédigé* s'applique naturellement au testament, c'est-à-dire, à la forme que le notaire était tenu de donner à l'acte, pour qu'il fût valable, et ne peut s'appliquer aux volontés de la testatrice, puisqu'il dit qu'elle les a elle-même dictées, et qu'il les a écrites, ce qui ne pourrait être vrai, si au lieu de les écrire telles qu'elles étaient dictées, il les avait rédigées arbitrairement ; qu'il faut donner à chacune de ces deux expressions leur véritable valeur, c'est-à-dire, appliquer le mot *rédigé* à l'acte ou à l'instrument qui contient les volontés de la testatrice, et dont en effet la rédaction appartient au notaire, et le mot *écrit* aux dispositions qui expriment les volontés de la testatrice, et qu'elle a dictées ; et qu'alors la difficulté qu'on élève s'évanouit et ne présente plus qu'une vaine subtilité.

Sur le pourvoi en cassation contre cet arrêt, on répétait, pour les héritiers légitimes de la demoiselle Hamelin, que le notaire devait *écrire* le testament à lui dicté par le testateur, et qu'il devait l'*écrire tel qu'il lui était dicté*. Or, ajoutait-on, en déclarant qu'il a *rédigé* le testament et acte de dernière volonté de la demoiselle Hamelin, que lui a dictés la testatrice, le notaire déclare expressément qu'il ne les a pas écrits *tels qu'ils lui ont été dictés*. En effet, *rédiger* signifie réduire en peu de mots, *mettre en ordre*. Donc le notaire, en mettant en ordre ce qui lui était dicté par la testatrice, n'écrivait pas le testament *tel qu'il lui était dicté*. Il ne remplissait donc pas le vœu de l'art. 972 du Code.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre l'arrêt de la Cour royale de Caen ; « Attendu que le testament » dont il s'agit porte qu'il a été dicté par la testatrice et » écrit par le notaire, et qu'il contient la mention qu'il » en a été donné lecture en présence des témoins, ce qui » écarte la contravention alléguée à l'art. 972 du Code » civil, et que le mot *rédigé* qui se trouve après le mot » *écrit*, non-seulement ne le détruit pas, mais peut encore » trouver son application dans le sens que lui a donné » l'arrêt attaqué. »

Cet arrêt de la Cour de cassation, qu'on aura occasion de citer encore, rentre, sous ce premier rapport, dans les observations de M. Malleville et de Lacombe, puisque cet arrêt admet en principe qu'au notaire appartient la rédaction du testament qui lui est dicté; et qu'un testament dans lequel il est dit qu'il a été *dicté* par le testateur, *écrit* et *RÉDIGÉ* par le notaire, n'en est pas moins réputé *écrit* par celui-ci, tel qu'il lui a été *dicté* par celui-là.

Espèces relatives à l'équipollence des formes. — De la mention que le testament a été écrit par le notaire. — Il n'est pas nécessaire d'exprimer que le testament a été écrit tel qu'il a été dicté.

258. En ce qui concerne l'équipollence des formes, je vais rendre compte de quelques cas sur lesquels des jugemens sont intervenus, qui prouveront, ainsi que je l'ai observé, n° 231, combien il est difficile qu'il s'y rencontre une véritable équipollence.

Le 22 fructidor an 11, la demoiselle Letellier fit à Versailles, devant un notaire et quatre témoins, un testament par lequel elle institua le sieur Froidefond du Chaenet, pour son légataire universel.

Il était dit en tête du testament, que la testatrice l'avait « *dicté audit notaire en présence des témoins, ainsi qu'il » suit ;* » et il était terminé ainsi : « Lecture faite à la testatrice par ledit notaire, en présence desdits témoins, » de son présent testament, elle a déclaré l'avoir bien » entendu, etc. »

L'acte était écrit en entier de la main du notaire, signé de lui et des témoins.

Après le décès de la demoiselle Letellier, ses héritiers collatéraux demandèrent la nullité du testament. Ils se fondèrent sur ce qu'on n'y trouvait pas la mention expresse qu'il avait été écrit par le notaire.

On opposait à la demande en nullité, qu'il fallait distinguer les formes dont la preuve matérielle résultait de l'acte même, de celles qui ne pouvaient résulter que de la mention que le notaire en aurait faite ; que c'était en ce sens qu'il fallait entendre les dernières expressions de l'article, *Il est fait du tout mention expresse* ; qu'ainsi, d'après l'ordonnance de 1735, article 5, le testament devait bien être écrit par le notaire, mais qu'il n'était pas nécessaire qu'il en fût fait mention.

On allait encore plus loin : on disait qu'en supposant la nécessité de la mention de l'écriture par le notaire, cette mention résultait par équipollence de ce qu'il était dit dans le testament que la testatrice *l'avait dicté au notaire en présence des témoins*. La mention de la dictée d'un testament à un notaire, renferme nécessairement, disait-on, celle que le notaire a écrit.

On répliquait que les derniers mots de l'article, *Il est fait du tout mention expresse*, se rapportent généralement à tout ce qui précède ; qu'il ne suffit donc pas de dire que le testament a été dicté au notaire, qu'il faut dire encore que celui-ci l'a écrit ; que l'article 972 avait été rédigé si différemment de l'ordonnance de 1735, qu'on devait croire qu'il avait été conçu dans un esprit différent. On disait qu'il était rigoureusement vrai qu'un testament pouvait avoir été dicté au notaire, sans qu'il eût été écrit par le notaire lui-même. On justifiait la sagesse des dispositions de l'article 972, en observant combien il était utile qu'il fût dit dans le testament que le notaire l'avait écrit lui-même. L'écriture ne prouve que l'existence de cette écriture même ; il faut qu'on sache de qui elle est, pour ne pas être obligé de recourir à une vérification. D'ailleurs, la mention même de l'écriture par le notaire est nécessaire

pour assurer encore plus l'exécution de la loi contre le notaire. Car le testament contenant la mention de l'écriture par le notaire, celui-ci comme ~~aurait~~ un faux, si réellement il n'avait pas écrit, quoiqu'il l'eût dit, et il pourrait être poursuivi comme coupable de faux ; au lieu que s'il dit simplement que le testateur lui a dicté, et qu'il n'écrive pas lui-même, il n'y a qu'une nullité à opposer contre l'acte.

Un jugement du tribunal de première instance de Versailles annula le testament. Ce jugement fut confirmé par un arrêt de la Cour royale de Paris.

Il y avait déjà des jugemens d'autres tribunaux, rendus sur la même question, et dans la même espèce, qui avaient validé le testament.

Sur le pourvoi à la Cour de cassation, contre l'arrêt rendu par la Cour royale de Paris, le pourvoi fut rejeté, conformément aux conclusions de M. Merlin. L'arrêt de rejet de la Cour de cassation, du 10 messidor an 13, est rapporté au journal des audiences de cette Cour, an 13, page 486. On sent qu'il doit fixer tous les doutes à ce sujet. Aussi, voit-on dans le Recueil de jurisprudence du Code civil, tome 5, page 362, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, du 29 brumaire an 14, qui est conforme. Depuis cette époque, un pourvoi de la part du sieur du Chatenet au Conseil d'état, contre l'arrêt de la Cour de cassation, a été rejeté par un avis du 31 janvier 1804, approuvé par le chef du gouvernement d'alors : en sorte qu'il n'y a rien de plus constant, que la mention que le notaire a écrit le testament, ne peut se suppléer par équipollence ; il faut que cela soit dit expressément.

La question présentait un intérêt majeur, en ce que des testamens en grand nombre avaient été ainsi rédigés dans le passage de l'ancienne législation à la nouvelle, et avant que les notaires eussent pu se pénétrer suffisamment de cette dernière. Les jurisconsultes qui, dans des consultations, avaient soutenu la validité du testament, pouvaient être affectés, indépendamment des moyens particuliers qu'ils croyaient apercevoir pour la validité du testament,

des troubles qui menaçaient plusieurs familles. Si la difficulté se fût présentée dans l'ancien ordre de choses, elle aurait pu donner lieu à une déclaration qui aurait validé les testamens déjà faits, en ordonnant pour l'avenir la stricte observation de la loi, sous peine de nullité, ainsi que cela a été pratiqué sur quelques formes prescrites par l'ordonnance de 1735, et qui n'avaient pas d'abord été suivies. Mais notre constitution politique ne pouvait se prêter à cette mesure, et les magistrats ont pensé qu'il était de leur devoir, surtout au moment de la promulgation de la loi, de ne point donner l'exemple du relâchement sur ce qu'ils ont vu qu'elle prescrivait positivement.

Depuis la première édition de ce traité, lors de laquelle je m'étais borné à ce qu'on vient de lire, sur la nécessité de la mention expresse que le notaire a écrit le testament, il s'est présenté devant les tribunaux plusieurs autres difficultés sur la même question, que je crois devoir faire connaître.

Un testament était ainsi terminé : « Fait et lu à la testatrice, à haute et intelligible voix, par moi notaire *recevant*.... en présence, etc. » Il contenait encore la mention qu'il avait été *dicté* au notaire.

Dans un autre testament, le notaire avait déclaré qu'il avait reçu cet acte, et il avait ajouté à sa signature ces mots, *notaire et ÉCRIVAIN*.

Ces deux testamens ont été déclarés nuls, pour défaut de mention que les notaires les eussent écrits, par arrêts de la Cour d'appel de Turin, en date des 4 et 22 mars 1806. Ces arrêts se trouvent dans le Recueil de Denevers, volume de 1806, pag. 214 et 215 du *Supplément*, et dans le Recueil de jurisprudence du Code, pag. 79 et suiv. du 7^e volume.

Par un arrêt du 27 mai 1807, rapporté dans le Recueil de Denevers, vol. de 1807, pag. 342, la Cour de cassation a jugé que la déclaration du notaire, que le testament *lui* a été *dicté*, qu'il l'a *rédigé*, *fait* et *dressé*, qu'il en a *donné acte*, ne peut suppléer au défaut de mention expresse et textuelle que c'est lui qui l'a *écrit* : la Cour de cassation a donné pour motifs à sa décision que, dans le testament dont

il s'agissait, il n'était point fait mention expresse que le testament eût été écrit de la main du notaire; que la loi, qui exigeait la *mention expresse*, ne permettait point d'admettre d'équipollence, et qu'en se conformant strictement aux expressions de la loi, la Cour d'appel de Turin en avait fait une juste application.

On trouve dans le même Recueil, vol. de 1808, pag. 60 et suiv., deux autres arrêts, en date des 4 et 14 février 1808, rendus par la Cour de cassation, dans le même esprit.

Dans l'espèce de l'arrêt du 4 février, il était dit d'abord dans le testament, que la testatrice l'avait *fait*, *DICTÉ et prononcé intelligiblement*. On lisait ensuite ce qui suit : « J'institue mon héritier universel mon mari..... et je révoque tous les testamens que j'ai faits antérieurement au présent testament. » Il était fait mention au bas que lecture avait été faite à la testatrice de ses dispositions; et le testament était ainsi terminé : « Dont acte, fait, lu, passé et rédigé de suite et sans interruption, *par ledit notaire*. »

Dans l'espèce de l'arrêt du 14 février, il était dit que la testatrice avait *dicté* le testament au notaire, et elle y parlait ensuite elle-même.

Les mentions qui se trouvaient dans ces testamens, quant à la mention de l'écriture par le notaire, ont été jugées insuffisantes, et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre les arrêts qui avaient prononcé la nullité des testamens.

Voici les termes de l'arrêt du 4 février : « Attendu que » le testament dont il s'agit, ne contient pas la mention » expresse qu'il a été écrit par le notaire, et qu'en décidant » qu'elle ne se trouve point dans les énonciations préten- » dues synonymes et identiques, renfermées dans cet acte, » l'arrêt n'a pu contrevenir aux art. 972 et 1001 du Code » civil, qui exigent qu'une pareille mention soit expresse, » à peine de nullité, *REJETTE*, etc. »

Par arrêt du 20 avril 1809, rapporté dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 67 du 15^e volume, la Cour royale d'Aix a rendu une décision semblable, relativement à un testament ainsi conçu :

« Par-devant nous, etc..... s'est présenté en personne le
» C..... lequel nous a prié de recevoir et rédiger en écrit
» ses dispositions de dernière volonté; ce que nous avons
» de suite fait, en présence desdits témoins, sous son dicta-
» me, ainsi que suit, etc. »

Enfin, la Cour royale de Riom, par arrêt du 17 mai 1810, a statué sur la validité d'un testament, dans lequel la mention de l'écriture était ainsi exprimée : « Lequel (le
» testateur) nous aurait prié de rédiger et mettre par écrit
» son ordonnance et disposition de dernière volonté; à
» quoi adhérant, toujours en présence de nos témoins ci-
» après nommés, y avons procédé et rédigé son testament
» ainsi qu'il suit, et de la manière qu'il nous l'a dicté de
» sa propre bouche. » La Cour royale de Riom a jugé
« que la mention expresse voulue par la loi, que le notaire
» a écrit le testament, ne se trouvait pas dans celui qui lui
» était soumis, et qu'on ne pouvait l'induire de termes
» équipollens; d'où il suivait que ce testament était nul. »
Cet arrêt de la Cour royale de Riom se trouve dans le Journal des audiences de cette Cour, page 239 du volume de 1810.

Tous les exemples que nous venons de citer, prouvent combien il est important de suivre littéralement les expressions de la loi, et de ne pas se réduire à la nécessité d'invoquer des équipollences.

Au surplus, la mention que le testament a été écrit par le notaire, est valable, quoique faite dans le préambule de ce testament, et avant qu'aucune disposition ait été dictée par le testateur : c'est ce qui a été jugé par l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, du 25 mars 1806, que j'ai déjà cité, et par deux arrêts de la Cour de cassation, des 26 juillet 1808, et 18 octobre 1809, rapportés dans le Recueil de Denevers, le premier, vol. de 1808, page 371, et le second, vol. de 1809, page 441. Le testament dont il s'agissait dans ce dernier arrêt, commençait ainsi : « Par-devant
» M^e Lesage, notaire....., est comparu le sieur....., lequel
» a dicté son présent testament et acte de dernière volonté,
» audit M^e Lesage, notaire soussigné, qui a écrit les pré-

» sentes de sa main, ainsi qu'il suit, en présence, etc.....
 » Je donne et lègue, etc. » Il n'était fait mention en aucun autre endroit de l'écriture par le notaire. La Cour de cassation a jugé que la mention qui se trouvait dans ce testament remplissait le vœu de l'art. 972 du Code, touchant la mention de l'écriture. « Considérant, est-il dit dans l'arrêt, que l'art. 972 ne détermine point dans quelle partie du testament le notaire fera mention qu'il a écrit lui-même le testament; que les énonciations et les dispositions qui le composent ne forment qu'un acte unique, quoique nécessairement exprimées successivement; que les signatures apposées à la fin de cet acte sont l'attestation que tout ce qui y est énoncé est véritable, et que le tout a eu lieu ainsi qu'il est exprimé, et que conséquemment il n'est pas permis de douter sur l'assertion exprimée que le notaire a écrit de sa main la minute du testament. »

Il ne serait cependant pas prudent que le notaire fit la mention qu'il a écrit le testament, après avoir fait mention de la lecture du testament et de sa signature, ou de la déclaration du testateur de ne savoir signer. Une pareille mention a fait annuler deux testamens. Les arrêts qui ont admis cette restriction, ont été rendus, l'un par la Cour d'appel de Turin, le 30 frimaire an 14, et l'autre, par la Cour royale de Douai, le 9 novembre 1809. Les principaux motifs de ces décisions sont que l'obligation imposée au notaire de déclarer qu'il a écrit le testament, précède celle de la lecture et de la signature du testateur et des témoins, et que le testateur, en signant l'acte qu'il a entendu lire, approuve bien tout ce qui est avant sa signature, mais non ce qui serait ajouté après.

Il me semble que les Cours d'appel de Turin et de Douai sont allées un peu loin, et j'ai peine à croire que leurs arrêts servent de règle, surtout d'après l'arrêt de la Cour de cassation, du 18 octobre 1809, que je viens de citer, et dans lequel il est dit que les énonciations et les dispositions qui composent un testament, ne forment qu'un acte unique, quoique nécessairement exprimées successivement; mais c'en est sans doute assez pour que

les notaires aient la précaution de ne pas terminer les testamens qu'ils recevront, par la mention qu'ils ont été écrits par eux. (Les arrêts des Cours d'appel de Turin et de Douai se trouvent dans le Recueil de jurisprudence du Code, le premier, page 141 du 6^e vol., et le second, page 152 du 14^e vol.)

Je crois devoir encore faire observer qu'il n'est pas nécessaire d'exprimer dans le testament, qu'il a été écrit *tel qu'il a été dicté*. Un arrêt de la Cour royale d'Angers, du 12 juillet 1809, rapporté dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 139 du 14^e volume, semble bien avoir préjugé que cette énonciation est nécessaire, en décidant que la mention que le testament a été dicté par le testateur, et écrit par le notaire, *comme il suit*, ne peut tenir lieu de celle que le notaire a écrit le testament *tel qu'il lui a été dicté*; mais pour écarter toutes les inductions qu'on voudrait tirer de cet arrêt, il suffira sans doute de rappeler les observations de M. Malleville et de Lacombe, et ce qui résulte de l'arrêt de la Cour de cassation, du 26 juillet 1808, cité à la suite de ces observations, qui sont au numéro précédent, que le notaire n'est pas obligé de se servir des mêmes termes que le testateur, et qu'il lui est permis de *rédigier la diction* dans un ordre et un sens français et intelligible. Au reste, on peut opposer à l'arrêt de la Cour royale d'Angers, l'arrêt de la Cour royale de Riom, du 26 mars 1810, que nous avons déjà cité; cet arrêt a positivement jugé que la mention que le testament avait été écrit *tel qu'il avait été dicté*, n'était pas nécessaire, « attendu qu'il » n'existe aucune disposition dans la loi; qui exige cette » mention expresse, et qu'on ne saurait douter que le testament étant dicté par le testateur, le notaire l'a écrit » tel qu'il a été dicté. » La Cour royale de Limoges, par arrêt du 7 décembre 1809, rapporté dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 98 du 14^e volume, avait pareillement jugé qu'un testament n'était pas nul, quoiqu'il n'y fût pas formellement dit qu'il avait été écrit par le notaire tel qu'il avait été dicté, parce qu'il résultait de la contex-

ture du testament qu'il avait été écrit tel qu'il avait été dicté par la testatrice.

De la mention de la lecture au testateur. — De celle de la présence des témoins à la lecture. — Différentes espèces. — De la mention de la lecture des dispositions additionnelles. — Des renvois et surcharges.

239. Les tribunaux qui se sont montrés si rigoureux sur la mention de l'écriture du testament par le notaire, ont adopté la même rigidité, non-seulement pour la mention de la lecture du testament faite au testateur, mais encore pour celle de la présence des témoins à cette lecture.

On a vu des testamens qui contenaient la mention expresse de la lecture, et desquels il résultait, par ce qui était dit et au commencement et à la fin, que les témoins avaient été présens à tout le testament, et par conséquent à la lecture qui était mentionnée. Cependant on en a demandé la nullité, sur le fondement qu'il n'y avait pas, lors de la mention de la lecture, la mention *expresse* qu'elle avait été faite *en présence des témoins*.

On sent que sur cette question les opinions pouvaient être plus aisément partagées, que sur celle qui est relative au testament de la demoiselle Letellier, dont il est parlé au numéro précédent.

Dans la question qui s'est élevée sur ce testament, toute la difficulté portait sur une équipollence de forme vraie ou fausse. Car si on décidait que des mots *dicté au notaire*, on ne pouvait pas tirer la conséquence que le notaire *eût écrit le testament*, il en résultait que la mention de l'écriture de la part du notaire, exigée par la loi, quoique le notaire eût réellement écrit, ne se trouvait pas dans le testament, et que, par conséquent, une forme positivement prescrite par la loi, n'avait pas été remplie.

Ici, au contraire, pouvait-on dire, on n'a pas besoin de recourir à une équipollence. La forme dans sa substance est remplie; car, dès que le testament contient la preuve que les témoins ont été présens à toutes les opérations qui le constituent, en un mot, d'un bout à l'autre, il contient

en même temps la preuve qu'ils ont été présens à chacune de ces opérations, et par conséquent à la lecture qui y est mentionnée. La présence constatée pour le tout est indivisible; elle s'applique à chaque partie comme au tout.

On pouvait ajouter qu'en exigeant impérieusement cette mention expresse et particulière de la présence des témoins, lors de la mention de la lecture faite au testateur, ce serait supposer que les témoins n'ont pas été présens à chaque partie du testament, et cependant cette présence est indispensable. Il n'y aurait encore pas de raison pour ne point exiger que, sur chaque opération contenue ou énoncée dans le testament, le notaire dit toujours particulièrement qu'elle a eu lieu *en présence des témoins* : on ne doit pas croire que le législateur ait entendu exiger cette répétition.

Cependant, la jurisprudence connue jusqu'à présent s'est prononcée pour la mention expresse et particulière de la présence des témoins lors de la lecture, indépendamment de la présence des témoins à tout le testament, qui doit toujours être constatée par l'acte même. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour royale de Nanci, du 15 fructidor an 13, rapporté au Recueil de jurisprudence du Code civil, tome 5, page 129; et par un autre arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, du 18 ventôse an 13. On s'était pourvu en cassation contre cet arrêt; mais par celui de la Cour de cassation, du 19 frimaire an 14, le pourvoi a été rejeté. On voit les deux arrêts dans le Journal des audiences de la Cour de cassation, par Denevers, an 14, page 130.

L'arrêt de la même Cour d'appel de Bruxelles, du 3 fructidor an 12, que j'ai déjà eu occasion de rapporter, avait adopté le même principe. A la vérité, il avait déclaré le testament valable; mais c'est parce que, d'après les termes du testament, il résultait une mention expresse et particulière que la lecture en avait été faite, non pas seulement aux témoins, comme on le prétendait, mais bien au testateur, *en présence des témoins*. Le jugement a toujours été rendu dans l'idée que la mention particulière de la présence des témoins à la lecture était nécessaire, indé-

pendamment de la mention de la présence générale des témoins au testament.

La nécessité de la mention de la présence des témoins à la lecture résulte plus positivement encore d'arrêts de Cours supérieures, rendus depuis les arrêts des Cours d'appel de Nancy et de Bruxelles, et depuis celui de la Cour de cassation, du 19 frimaire an 14.

Le testament dont il s'agissait lors de ce dernier arrêt, était clos de la manière suivante : « Ainsi fait et passé à » Bruxelles, maison du testateur, en présence de.... té- » moins à ce expressément demandés et priés; et après lec- » ture de ce testament, a, le testateur, déclaré de rechef » que c'est sa volonté; et à lui testateur et témoins, de- » mandé s'ils savent signer, etc. » La Cour de cassation rejeta le pourvoi contre l'arrêt qui avait annulé ce testament : « Attendu que l'art. 972 du Code civil, en exigeant qu'il soit donné lecture au testateur en présence des témoins, et qu'il soit fait mention expresse du tout, ne permet pas que l'exécution de ces formalités, soit présumée d'après le contexte général du testament, et sur des périphrases dont l'objet direct est étranger à la formalité de la lecture ; — Attendu que la loi et la raison n'admettent d'expressions équivalentes que celles qui sont synonymes et identiques avec celles exigées par la loi. »

Voici quelques cas où les mêmes principes ont été appliqués; et j'observe que si j'entre dans quelques détails, c'est parce que, dans cette matière, les exemples sont nécessaires pour bien se pénétrer de ce que veut la loi.

Un testament finissait ainsi : « Après quoi nousdit no- » taire lui (à la testatrice) avons fait lecture de son pré- » sent testament en entier, dont acte requis et concédé : » fait et publié, en présence des sieurs... témoins requis » et signés avec la disposante et nousdit notaire, après » lecture. »

Par arrêt du 31 mars 1806, qu'on voit dans le Recueil de jurisprudence du Code, pag. 70 du 7^e vol., la Cour royale d'Aix a annulé ce testament, comme ne contenant pas la mention de la lecture au testateur en présence des témoins.

La Cour royale de Riom, par arrêts des 7 février 1807, 3 avril 1808, et 9 mars 1810, a, par le même motif, prononcé la nullité de trois testamens qui étaient terminés de cette manière : « Avons fait lecture dudit testament » au testateur, lequel a persisté, etc. : fait et clos en présence de témoins. » — « Lu et relu par le notaire » soussigné à la testatrice, laquelle y a persisté, et a prié » et requis les témoins ci-après nommés d'être mémoratifs du contenu en icelui : fait et passé en présence de.... » — « Lecture faite audit testateur du présent codicille et » disposition de dernière volonté, qu'il a dit bien entendre et comprendre, y a persisté : fait, lu et passé en » l'étude de nous notaire, en présence de » Les arrêts de la Cour royale de Riom sont rapportés, les deux premiers dans le recueil de jurisprudence du Code, pag. 528 du 12^e volume, et le dernier, dans le Journal des audiences de cette Cour, pag. 195 du volume de 1810.

La Cour royale d'Orléans avait jugé autrement que les Cours royales d'Aix et de Riom, en faveur d'un testament finissant ainsi : « Ce fut ainsi fait, dicté et nommé par » ledit testateur à nous notaire, et ensuite par nous lu » et relu audit testateur, qui a dit bien entendre le tout » et y persévérer : fait et passé en la chambre sus-désignée, en présence des sieurs témoins. » L'arrêt de la Cour royale d'Orléans a été cassé par arrêt du 23 mai 1810. On trouve ces deux arrêts dans le Recueil de Denvers, volume de 1810, pag. 241.

La question s'est présentée dans des termes bien plus forts. Les Cours royales de Limoges et de Riom ont eu à statuer sur la validité de deux testamens, qui étaient ainsi terminés : « Ainsi a été dicté ledit testament par la dame » Catherine-Élisabeth Joubert ; et lui en ayant fait lecture, à notre collègue et aux témoins, elle y a persisté : » fait et passé en présence de » — « Et nousdit notaire ayant fait lecture dudit testament, plusieurs fois, » mot à mot et en entier, à ladite Jeanne Lagat, testatrice, » et aux témoins, ladite testatrice a dit et déclaré, etc. »

Par arrêt du 8 juillet 1808, rapporté dans le Recueil

de jurisprudence du Code, page 141 du 11^e volume, la Cour royale de Limoges a annulé le testament de Catherine-Élisabeth Joubert; et la Cour royale de Riom, par arrêt du 27 février 1808, a ordonné l'exécution de celui de Jeanne Lagat. Ce dernier ayant été dénoncé à la Cour de cassation, a été cassé par arrêt du 15 septembre 1809, rapporté dans le Recueil de Denevers, an 1809, page 580 : « Attendu qu'il ne résulte pas du testament en question, que la lecture en ait été donnée à la testatrice en présence des témoins; qu'ainsi, en déclarant valable ledit testament, la Cour royale de Riom a fait une fausse application de l'article 972 du Code civil, et par suite violé la disposition de l'art. 1001. » L'arrêt de la Cour royale de Riom renfermait un autre vice, qui, comme nous le verrons bientôt, devait aussi en entraîner la cassation; mais de l'arrêt de la Cour de cassation il ne s'ensuit pas moins, comme l'avait jugé la Cour royale de Limoges, que la mention de la lecture *au testateur et aux témoins* ne remplit pas le vœu de l'art. 972 du Code, qui exige la lecture au testateur, en présence des témoins.

Un arrêt de la Cour de cassation, du 24 juin 1811, a jugé qu'un testament ne contenait pas la mention expresse qu'il avait été lu à la testatrice en présence des témoins, quoiqu'il y fût dit « En présence des citoyens. . . témoins à ce appelés, *auxquels lecture en a été donnée, ainsi qu'à la testatrice*, qui a déclaré, etc. »

Un autre arrêt de la même Cour, du 10 du même mois de juin 1811, avait jugé de même à l'égard d'un testament où il était dit : « Le présent testament a été écrit par nous, sous la dictée du testateur, *à qui il a été lu, ainsi qu'aux-dits témoins*, qui ont dit l'avoir bien entendu. »

La lecture pouvait avoir été faite à la testatrice et aux témoins séparément, et le testament doit porter la preuve que la lecture a été faite au testateur en présence des témoins.

Ces deux arrêts se trouvent dans le Recueil de Denevers, vol. de 1811, pag. 296, et dans le Recueil de jurisprudence du Code civil, tome 17, pag. 48.

Il en serait différemment de la mention que le testament a été lu *en présence du testateur et des témoins* : la Cour royale de Caen a déclaré cette mention suffisante, et le pourvoi contre son arrêt a été rejeté par arrêt de la Cour de cassation, du 18 octobre 1809, rapporté dans le Recueil de Denevers, vol. de 1810, pag. 441.

Dès qu'il est question en ce moment de la mention de la lecture du testament, je dois parler de la circonstance où il aurait été ajouté à un testament une ou plusieurs dispositions. Dans ce cas, la mention de la lecture au testateur, en présence des témoins, doit être faite après les dispositions additionnelles ; et si elle se trouve avant ces dispositions, le testament est nul pour le tout.

Le 14 janvier 1807, le sieur Ignace Crosa fit un testament public, contenant une institution d'héritier. Immédiatement après l'institution, la mention de la lecture est faite en ces termes : « J'ai reçu le présent instrument de testament, lequel j'ai lu à claire et intelligible voix audit » sieur Ignace Crosa, testateur, en présence des témoins. » Après cette mention, se trouve la disposition suivante : « Et » avant la stipulation de l'acte, et sans s'être diverti à d'autres choses, moi susdit testateur, je donne à la dame Marie » *Carnusso*, 56 livres pendant sa vie naturelle durant, etc. » Après le décès du testateur, Louis Crosa, son frère et son héritier légitime, a demandé la nullité de son testament, soutenant qu'il ne contenait pas mention expresse de la lecture qui avait dû en être faite au testateur, et qu'on ne devait pas isoler la disposition additionnelle des autres dispositions, pour n'annuler que celle-là, et maintenir celle-ci ; car un testament est un acte *indivisible*, qui ne peut être valable pour une partie, et nul pour une autre. La Cour d'appel de Turin, en infirmant la décision des premiers juges, a accueilli cette réclamation, et le pourvoi contre son arrêt a été rejeté par la Cour de cassation, sur le motif que, d'après l'art. 972 du Code civil, le testament devait être lu en entier au testateur, en présence des témoins ; que l'acte du 14 janvier 1807 ne contenait qu'un seul et même testament, et qu'il résultait de sa texture qu'il

n'avait pas été donné lecture de toutes ses dispositions : d'où il suivait que l'arrêt attaqué, en annulant ce testament, s'était conformé à la loi. L'arrêt de la Cour de cassation est rapporté dans le Recueil de Denevers, volume de 1809, pag. 157. Par un autre arrêt, celui du 13 septembre 1809, que j'ai cité plus haut, la Cour de cassation a pareillement jugé que si la mention de la lecture ne se rapporte pas à une disposition additionnelle, le testament est nul. Ce point de droit doit désormais être considéré comme constant.

Mais il ne faut pas confondre des dispositions additionnelles, avec des renvois qui se trouveraient écrits à la fin de l'acte, et par conséquent après la mention de la lecture. Ces renvois se rapportent à l'endroit de l'acte où les mots qui les composent doivent être mis, et ils font partie du testament; en sorte que la mention de la lecture du testament comprend celle de la lecture des renvois. La Cour de cassation a encore consacré ce point par un arrêt de rejet, en date du 3 août 1808, qu'on voit dans le Recueil de Denevers, vol. de 1808, pag. 390.

Cet arrêt, du 3 août 1808, a jugé une autre question qu'il ne sera pas inutile de remarquer. La lettre *c* du mot *dicté*, employé dans le testament dont il s'agissait, était surchargée et mal formée, de telle manière qu'il paraissait évident que cette lettre avait été substituée à une autre, qui avait été grattée. Les héritiers qui attaquaient le testament soutenaient que le mot *dicté*, étant surchargé, devait être considéré comme ne se trouvant pas dans le testament, aux termes de l'art. 16 de la loi du 25 ventôse an 11, relative au notariat; d'où ils tiraient la conséquence que le testament, ne contenant pas la mention de la dictée, était entaché d'un vice radical qui en entraînait la nullité. La Cour royale d'Agen ne s'était pas arrêtée à ce moyen, parce qu'on ne pouvait pas supposer qu'il y eût eu un autre mot à la place du mot *dicté* : la Cour de cassation ne s'y arrêta pas non plus. On sent que de semblables questions dépendent beaucoup des circonstances, et sont laissées à l'arbitrage des tribunaux.

D'après tout ce que j'ai dit, on a vu que les formalités prescrites par l'article 972 du Code, doivent être observées à la rigueur, et que la moindre infraction donne lieu à la nullité des testamens. Les notaires doivent donc se faire un protocole qui ait pour résultat les mentions que les dispositions ont été *dictées*, par le testateur, en présence des témoins; qu'elles ont été écrites par le notaire, ou, s'il y en a plus d'un, par l'un d'eux, qui doit être indiqué, et enfin, de la lecture faite par le notaire, ou par l'un d'eux, de tout le testament, *en présence des témoins*, au testateur qui y a persisté.

Il y a, à cet égard, un principe qu'il ne faut jamais perdre de vue; ce principe est qu'on ne doit point être réduit à prouver, par raisonnemens, par inductions et interprétations, des expressions dont on s'est servi, que l'on a satisfait aux formalités prescrites. L'acte doit présenter lui-même, et d'une manière catégorique, la preuve que le vœu de la loi a été rempli.

Il est dans l'ordre que la mention expresse et particulière, de la lecture faite par le notaire ou par l'un d'eux, de tout le testament, *en présence des témoins*, au testateur qui y a persisté, soit écrite à la fin du testament, immédiatement avant la mention concernant les signatures.

J'ai vu agiter dans les anciens ouvrages, et dans ceux qui ont paru depuis le Code civil, la question de savoir si cette mention pouvait être mise avant celle qui est relative aux signatures; mais l'affirmative paraît être sans difficulté. Tout le testament est réputé lu jusqu'au dernier mot, d'après la mention de la lecture écrite à la fin des dispositions, même avant la mention des signatures. Autrement il faudrait supposer la nécessité de clore entièrement le testament, même par l'apposition des signatures, et de faire ensuite au bas une mention particulière de la lecture, qui devrait encore être signée de nouveau. Or, on ne peut faire résulter de la loi, qu'elle exige cette forme qui nuirait en quelque sorte à l'unité d'action et au contexte de l'acte; aussi n'a-t-elle jamais été pratiquée.

Motifs de la rigueur des formes prescrites.

240. Au surplus, on ne doit pas être étonné de la rigueur de toutes ces formes. Il ne s'agit pas d'un de ces actes qui émanent du droit des gens, que l'on appelle *de bonne foi*; c'est un acte qui émane du droit civil. Lorsque la loi civile a permis à l'homme d'élever sa volonté au dessus du règlement qu'elle avait fait elle-même pour les successions, elle a pu et elle a dû apposer à cette faculté la condition qu'on suivrait les formes qu'elle a jugées nécessaires pour que la volonté de l'homme fût assurée et constante.

[*Observations nouvelles sur ces formes. — Arrêt important.*]

[240. *bis.* Cependant nous devons faire remarquer que la Cour de cassation a abandonné, et avec raison, ce système de rigueur dont nous avons présenté le tableau dans le n° 239, qui prêtait un si puissant appui à la chicane, ainsi que nous le faisons remarquer sur quelques points. Aujourd'hui, cette Cour juge constamment que la mention expresse de la lecture du testament au testateur en présence des témoins, peut résulter de l'ensemble des dispositions du testament. Telle est l'idée que nous donne, à ce sujet, M. Favard, dans son Répertoire, au mot *Testament*, sect. 1^{re}, § 3, n° 23. Il serait inutile de faire ici la nomenclature des nombreux arrêts qui consacrent cette jurisprudence; on les voit rapportés par M. Favard. Nous nous contenterons de citer le plus récent, qui est à la date du 6 avril 1824.

Le 25 avril 1806, testament public par lequel la demoiselle Crabos de Vidon institue le sieur Ducousseau de Baure son légataire universel. Ce testament contenait l'énonciation suivante: « Et lecture ayant été faite en présence des témoins ci-après, mot à mot, du présent testament à ladite demoiselle testatrice, a déclaré qu'il contient sa véritable volonté, et telle qu'elle nous l'a dictée; écrit de moi, fait et passé et relu, le tout en présence, etc.

Il est à remarquer, 1° que la lettre à qui sépare le mot

testament de ceux-ci, *ladite demoiselle testatrice*, se trouve surchargée; 2^o qu'après les mots *écrits de moi*, il existe un renvoi du mot *notaire*, à la fin de l'acte, sans approbation expresse.

Ces deux circonstances ont été relevées par la demoiselle de Portets, héritière de la demoiselle de Vidon, ou plutôt par le sieur de Portets, légataire de la demoiselle de Portets. Il en a fait la base de trois moyens de nullité contre le testament; il a prétendu que la surcharge de la lettre *à*, et la non approbation du mot *notaire*, rendaient cette lettre et le mot nuls, aux termes des articles 15 et 16 de la loi du 25 ventôse an 11; que dès-lors la clause ci-dessus, par ces deux retranchemens, ne présentait plus la mention de la lecture à la testatrice en présence des témoins, ni de la dictée par cette dernière au notaire rédacteur, ni enfin de l'écriture par ce dernier.

Ce système a été accueilli par le tribunal de St-Sever, qui a prononcé la nullité du testament par jugement du 26 août 1821. Mais sur l'appel interjeté par le sieur Ducousseau, la Cour royale de Pau, tout en admettant que la lettre *à* et le mot *notaire* dussent être retranchés de la clause ci-dessus transcrite, n'en a pas moins infirmé la décision des premiers juges, et ordonné l'exécution du testament, par arrêt du 21 août 1825.

Pourvoi en cassation, par le sieur de Portets, fondé sur une triple violation de l'art. 972 du Code civil, savoir : Défaut absolu de mention de la lecture du testament à la testatrice; — défaut de mention de la lecture à la testatrice, en présence des témoins; — défaut de mention que l'écriture du testament fût celle du notaire. Mais la Cour de cassation a rejeté le pourvoi par les motifs suivans : « La Cour, sur les premier et second moyens, considérant que si l'art. 972 du Code civil veut que le notaire rédacteur d'un testament insère, sous peine de nullité, la mention expresse que le testament a été lu au testateur en présence des témoins, il est vrai aussi que cet article n'a pas prescrit de termes sacramentels pour exprimer cette mention; que dès lors le notaire ne se trouve pas assujéti

à telle ou telle forme de rédaction, et qu'il suffit, pour que le vœu de la loi soit rempli, que cette mention résulte évidemment de l'ensemble des dispositions du testament; — Considérant que, dans l'espèce, la clause du testament dont il s'agit doit, d'après l'arrêt, être réduite à ces termes : Et lecture ayant été faite en présence des témoins ci-après, mot à mot, du présent testament, ladite testatrice a déclaré qu'il contenait sa véritable volonté, et telle qu'elle nous l'a dicté; *écrit de moi*, fait et passé et relu en présence des témoins, etc.; — Considérant que de ces termes qui ne forment qu'une même contexture de phrase, qui sont corrélatifs et inséparables, comme aussi des autres énonciations du testament, la Cour royale de Pau a pu et dû conclure, comme elle l'a fait, qu'ils renfermaient la mention de la lecture du testament à la testatrice en présence des témoins, conformément à la loi, et qu'en interprétant ainsi la clause du testament, cette Cour n'a violé aucune loi.

» Sur le troisième moyen, considérant que les mots, *écrit de moi*, qui se trouvent à la fin du testament, ne peuvent se rapporter qu'au notaire qui l'a reçu, et qu'en jugeant suffisante cette manière d'énoncer que le testament a été écrit par ledit notaire, la Cour royale en a fait une juste application. REJETTE. » L'arrêt est rapporté par Sirey, tome 25, 1^{re} partie, page 32. Nous remarquons qu'il l'est encore par M. Favard, *loco citato*.

Cet auteur rappelle plusieurs questions d'équipollence qui se sont élevées sur l'accomplissement ou sur le défaut des formes prescrites par la loi, soit pour constater que le testament avait été lu au testateur, soit pour constater que cette lecture avait été faite en présence des témoins. M. Merlin traite encore plusieurs questions relatives à ces deux objets, dans le 17^e vol. du Répertoire, au mot *Testament*, sect. 2, § 5, art. 2, n^o 3, page 705 et suivantes. Il y rappelle les arrêts que nous avons cités, et on peut s'y former des idées sur ces difficultés, que nous regardons au surplus comme transitoires ou passagères, parce qu'elles disparaîtront, ou qu'elles ne pour-

raient que faire place à de nouvelles hypothèses, dont la différence donnerait lieu à d'autres décisions.]

Le testament doit-il être fait en un seul temps? — Dispositions du droit romain et de l'ordonnance de 1735 sur cette question. — Raisons pour la négative sous le Code civil. — Conseils aux notaires à cet égard.

241. Mais le testament par acte public doit-il être fait, à peine^{de} nullité, en un seul temps, sans intervalle? Doit-il y avoir, en un mot, unité d'action? Cette question présente plus d'intérêt qu'on ne le pense d'abord, et sa solution exige un développement.

La loi *Hæc consultissimæ*, au Code de testam., qui était relative à l'acte de suscription du testament mystique, exigeait cette unité d'action en ces termes, *uno eodemque die ac tempore*.

La loi 21, ff. *qui testam. fac. poss.*, § 3, qui s'applique au testament nuncupatif, remplacé parmi nous par le testament par acte public, demandait la même unité d'action, en s'expliquant ainsi : *Uno contextu actus testari oportet ; est autem uno contextu, nullum actum alienum testamento intermiscere ; quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitatur*.

Cette unité d'action était si impérieusement exigée, qu'il fallut que Justinien, dans la loi 28, au Code de testam., déclarât que le testament ne serait point nul, quand il aurait été interrompu par des actes indispensables, et sans lesquels la santé, soit du testateur, soit des témoins, aurait pu souffrir.

En remontant à l'origine de cette forme, on peut croire qu'elle était une ombre de l'ancien usage qui se pratiquait à Rome pour les testaments. Ils se faisaient devant le peuple assemblé en comices ; mais lorsque les comices étaient interrompus, ce qui était seulement commencé ou imparfait n'était compté pour rien ; il fallait absolument recommencer l'acte dont il avait été question.

Quelle que soit l'origine de cette forme et de plusieurs autres qui étaient aussi un reste d'anciens usages des

Romains, qui nous étaient absolument étrangers, elles n'étaient pas moins devenues, en les modifiant et en les appropriant aux usages modernes, autant de moyens de constater d'une manière plus sûre les volontés des testateurs.

Cependant Dumoulin, sur la loi 1^{re}, ff. *de verb. oblig.*, § *qui præsens*, n° 12, dit avoir vu des testamens faits par intervalles, à différentes époques, de la même manière qu'un procès verbal à plusieurs séances, dont chacune serait arrêtée par les signatures du notaire et des témoins, sauf la lecture du tout à la fin de la dernière séance. Il est difficile de démêler si cet auteur a entendu reporter cet usage aux pays de Coutume, ou à ceux de droit écrit. Ce qu'il y a de vrai, c'est que, dans le n° 11, il enseigne avec énergie l'unité d'action pour les testamens en général, d'après les lois romaines qu'il cite, et qui en effet n'ont jamais permis d'avoir une autre opinion; en sorte qu'on est disposé à croire que les exemples qu'il rapporte sont relatifs aux pays de Coutume.

M. le chancelier d'Aguesseau, pour bien exprimer cette unité d'action ou de temps, se servit de ces termes : *Tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à d'autres actes*. Ces termes, auxquels des personnes délicates et qui ne réfléchiraient pas assez sur la difficulté de trouver une manière de s'exprimer, relativement à l'objet, plus énergiquement et plus brièvement, pourraient reprocher de tenir un peu de la barbarie de l'ancien langage du palais, répondent, au moins à peu de chose près, à ceux de la loi *Hac consultissimè*, *Uno eodemque die ac tempore*. Ce magistrat n'employa pas les termes de la loi 21, ff., que je viens de rapporter, *uno contextu*. Ce fut sans doute parce que ces expressions, *d'un seul contexte*, pouvaient être équivoques, et ne présentaient pas une idée aussi nette que les termes par lesquels il s'exprimait. L'unité de contexte peut en effet n'être pas toujours la même chose que l'unité d'action, ainsi que je l'observerai bientôt plus particulièrement. Il pouvait n'y avoir aucune différence, à ce sujet, dans la législation romaine, au moins pour les testamens

publics ou nuncupatifs, puisque ces testamens pouvaient n'être pas écrits; au lieu qu'en France, depuis l'ordonnance de 1735, ils ont dû être écrits; en sorte que ces mots, *d'un seul contexte*, auraient pu s'appliquer plus particulièrement à la forme de l'acte qu'aux opérations mêmes du testament.

Il y a donc lieu d'être étonné qu'aucun des auteurs qui ont traité cette matière, au moins de ma connaissance, n'ait fait attention à la force et à la propriété des mots employés par M. d'Aguesseau, et qu'en général, même depuis l'ordonnance de 1735, pour marquer l'unité d'action, ils se soient indistinctement servis de ces mots, *uno contextu, uno tempore*.

Ce fut donc en ces termes, *tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à d'autres actes*, que le législateur prescrivit l'unité d'action ou de temps pour les testamens mystiques, dans l'article 9 de l'ordonnance de 1735. Il les employa encore dans l'article 5, pour les testamens nuncupatifs.

Mais une remarque essentielle à faire, c'est que les testamens nuncupatifs pour lesquels cette forme était exigée par cette ordonnance, étaient seulement les testamens à l'usage des pays de droit écrit; et cette même forme n'était point rappelée par l'article 23 de la même ordonnance, qui prescrivait les formalités relatives aux testamens qui se faisaient dans les pays de Coutume. De là on avait été fondé à conclure que l'unité d'action ou de temps n'était nécessaire, à peine de nullité, que dans les pays de droit écrit, et non dans ceux de Coutume. On sait que, dans une foule de circonstances, M. d'Aguesseau, dont la grande déférence pour les lois romaines était connue, et qui se croyait obligé de respecter les divers usages de la France, a laissé subsister des différences notables, quant aux formes, entre les pays de droit écrit régis par le droit romain, et ceux de Coutume.

Les notaires, il faut en convenir, n'observaient pas, et avec raison, ainsi que je le dirai bientôt, cette différence qui résultait de la loi. Partout, même en pays de Coutume,

ils étaient en usage de faire les testaments d'un seul trait, *de suite et sans divertir à d'autres actes*. Cependant, on trouve dans Denisart, au mot *Révocation de testament*, n° 6, l'exemple du testament de la présidente de Crève-Cœur, fait en pays de Coutume, en l'année 1756, à plusieurs reprises, en différentes séances, et à d'assez grands intervalles. A la vérité, ce testament fut sans effet; il ne put même pas en révoquer un précédent : mais on voit que cela fut ainsi jugé, uniquement parce que le second testament n'avait pas été achevé; et l'on ne songea pas même à l'attaquer sur le fondement qu'il avait été fait par intervalles et à des époques différentes.

Si, sous l'empire de l'ordonnance de 1735, cette différence existait sur la question que je traite, on peut dire que, sous l'empire du Code, il en existe une sous un autre rapport.

En effet, dans le Code civil, article 976, en prescrivant les formes relatives au testament mystique, le législateur a dit dans les mêmes termes qu'on lit dans les articles 5 et 9 de l'ordonnance de 1735, *tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à d'autres actes*. Mais il n'en est rien dit dans les articles qui prescrivent les formes du testament fait par acte public; en sorte qu'on peut dire que cette forme est nécessaire, à peine de nullité, pour le testament mystique, et qu'elle ne l'est pas par rapport au testament fait par acte public.

Dirait-on que la solution de cette question doit être tirée de l'art. 13 de la loi relative au notariat, qui est ainsi conçu : « Les actes de notaires seront écrits *en un seul et même* » *contexte*, lisiblement, sans abréviation, blanc, lacune, » *ni intervalle*. Ils contiendront les noms, prénoms, qualifications et demeures des parties, ainsi que des témoins qui » seraient appelés dans le cas de l'article 11, etc.; le tout » à peine de cent francs d'amende contre le notaire contre- » venant. »

Mais serait-on fondé à croire que cet article s'applique à l'unité de temps dont il s'agit ici ?

En premier lieu, ne paraît-il pas que cet article n'a pour

objet que la forme des actes en général, sous le rapport de leur rédaction, abstraction faite d'un mode relatif aux opérations dont cette rédaction est le résultat ? Il n'est pas dit, dans cet article, « les actes des notaires *seront faits*, » il est seulement dit, *seront écrits en un seul et même contexte* ; ce qui peut présenter une idée bien différente. Beaucoup d'actes sont faits à diverses reprises, entremêlés d'autres opérations qui leur sont étrangères, et cependant la rédaction ou l'écriture est d'un seul et même contexte : étant revêtus des formes exigées par la loi, ce ne serait pas une raison pour les attaquer. Il en est même qui, de leur nature, ne peuvent être faits qu'à différentes reprises : tout cela paraît étranger à l'unité de temps, telle qu'on l'entend pour les testamens, à ce qui résulte enfin de ces termes employés dans l'art. 976, pour le testament mystique, *tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à d'autres actes*. Aussi, si cette unité de temps, qui peut être indifférente pour les autres actes, était prescrite précisément par la loi pour le testament par acte public, et qu'elle n'eût pas été observée, quoique le notaire eût rédigé son acte de manière à présenter l'observation de cette unité de temps, ce serait le cas de l'inscription en faux, et la nullité ne serait que le résultat du succès de cette inscription.

En second lieu, ce qui prouve que ce que le législateur a voulu par l'article 13 de la loi sur le notariat, n'est pas la même chose que ce qu'il a entendu par ces mots, *tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à d'autres actes*, c'est qu'il ne s'est pas servi des mêmes termes. Ce qui s'oppose encore à cette application, c'est que si le législateur eût exigé, pour le testament fait par acte public, la même unité de temps que pour le testament mystique, l'inobservation de cette forme devrait entraîner la nullité de l'un comme de l'autre. Cependant, si on ne pouvait puiser l'intention de cette unité de temps, pour le testament fait par public, que dans la règle générale énoncée dans l'article 13 de la loi sur le notariat, il n'y aurait point de nullité à opposer contre le testament, soit d'après ce même article 13, qui, comme on a vu, ne prononce, en cas de contravention, qu'une

amende de 100 fr. contre le notaire, soit en combinant ce même article 13 avec l'article 68 de la même loi, qui indique les cas de nullité pour cause de contravention aux formes, et qui ne comprend pas cet article 13.

Il serait donc difficile de soutenir la nullité du testament fait par acte public, sur le fondement qu'il n'aurait pas été fait d'un seul trait, et avec unité d'action ou de temps, *de suite et sans divertir à d'autres actes*.

Mais on ne saurait trop conseiller aux notaires de pratiquer, même pour ce testament, l'unité de temps. Une forme contraire est susceptible de trop d'inconvéniens. Dans les intervalles des séances, dont la durée serait d'ailleurs arbitraire, les révélations des témoins pourraient donner l'éveil aux personnes intéressées à s'opposer aux intentions du testateur; elles provoqueraient les captations, les suggestions, et les artifices de tout genre. Des changemens dans les dispositions du testateur, qu'il faudrait constater à chaque nouvelle séance, présenteraient l'image d'une volonté chancelante et incertaine. L'unité de temps est donc préférable, non-seulement sous ses rapports essentiels, mais encore pour mettre le testament à l'abri des doutes que ferait naître l'induction qu'on pourrait tirer, soit de l'article 15 de la loi sur le notariat, soit de l'article 976 du Code, par application au testament par acte public; doutes auxquels il n'est jamais sage de s'exposer. Aussi ai-je toujours vu les notaires le pratiquer ainsi, même dans les pays de Coutume, et j'avoue que je ne connais aucun exemple contraire, depuis l'ordonnance de 1735, que celui que j'ai déjà rapporté d'après Denisart.

Lors même qu'un testament déjà commencé ne peut être mis à fin par quelque accident qui survient, comme un testament imparfait n'en est pas un, il est à propos, lorsque le testateur désire de tester dans un autre temps, d'en faire un nouveau, et de ne donner aucune suite à ce qui a déjà été commencé; ce qui revient à ce que dit Dumoulin, lorsqu'il expose les principes sur cette matière, en conséquence des lois romaines, *loco citato*, n° 11 : *Debent omnia breviter repeti, quasi ex novâ actione, seu novo integro testamento*.

§ II.

DES SIGNATURES, DE LA QUALITÉ DES TÉMOINS, ET DE LA PARENTÉ RESPECTIVE DE CEUX QUI CONCOURENT AU TESTAMENT.

De la signature par le testateur. — De sa déclaration qu'il ne sait ou ne peut signer, et de la cause qui l'empêche de signer. — Arrêts sur ce point.

242. Il est dit dans l'article 973 : « Le testament doit être » signé par le testateur. S'il déclare qu'il ne sait ou ne peut » signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer. »

L'article 165 de l'ordonnance de Blois, disait qu'en cas que les parties ou les témoins ne sussent signer, les notaires feraient mention *de la réquisition par eux faite auxdites parties et témoins de signer, et de leur réponse*. L'article 63 de la même ordonnance s'expliquait ainsi : *A la charge de faire signer le testateur et les témoins, ou de faire mention de l'interpellation qu'ils auront faite auxdits testateur et témoins pour signer, et de la cause pour laquelle ils ne l'auront pu faire*. L'article 84 de l'ordonnance d'Orléans était conforme pour les actes en général.

Du temps de Ricard, il se présenta un testament, dans lequel il était dit simplement que le testateur *avait déclaré ne pouvoir, quant à présent, signer, à cause de sa maladie*. On en demandait la nullité, sur le fondement que le testament ne contenait pas la mention de la réquisition faite au testateur. Mais par arrêt du 17 décembre 1654, que cet auteur rapporte, n° 152, le testament fut déclaré valable. Le motif de l'arrêt fut que *la réponse du testateur supposait par nécessité l'interpellation précédente du notaire*. Et à ce sujet, Ricard en revient au principe qu'il avait établi précédemment, qu'il suffit que l'ordonnance *soit accomplie, même par équipollence, sans qu'il y ait obligation de suivre aucunes formules*.

Cette observation judicieuse de Ricard ne fut pas oubliée

lors de l'ordonnance de 1735. Il fut dit seulement, dans les articles 5 et 23, *et en cas que le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il en sera fait mention*. On n'exigea pas la réquisition ou interpellation de la part du notaire. L'article 973 du Code civil a été conçu dans le même sens; la mention de la réquisition de la part du notaire a été jugée inutile; cependant il ajoute qu'il sera fait mention *de la cause qui empêche de signer*.

Mais il ne faut pas perdre de vue que la mention doit porter sur la déclaration de la part du testateur. Si le notaire disait seulement que le testateur *n'a su ou n'a pu signer*, ce qu'on a vu arriver assez fréquemment, le testament serait nul. Cela fut même jugé par un arrêt du 2 mai 1601, rapporté par Ricard, n° 1525. Le notaire ne doit pas seulement attester un fait, il doit l'attester d'après la déclaration du testateur.

Relativement à la mention de la cause qui empêche le testateur de signer, je dois remarquer qu'elle doit être faite de manière à ne laisser aucun doute.

Par arrêt du 9 novembre 1809, la Cour royale de Douai a jugé que la mention de ne savoir *écrire*, n'emporte point avec elle celle de ne savoir *signer*, parce que tel sait signer qui ne sait pas écrire; en conséquence, elle a annulé un testament dans lequel il était simplement dit, *et a le testateur déclaré ne savoir écrire, de ce sommé*.

La Cour d'appel de Liège, et celle de Bruxelles, ont rendu des arrêts contraires à celui de la Cour royale de Douai; mais il y avait des circonstances qui pouvaient faire trouver suffisante la mention de *ne savoir écrire*. Dans le testament soumis à la Cour d'appel de Bruxelles, il était dit qu'interpellé de le *signer*, le testateur avait déclaré *ne savoir écrire*. Or, il paraissait impossible que cette énonciation fût trouvée ne pas remplir le vœu de la loi.

On voit les arrêts des Cours d'appel de Liège, de Douai, et de Bruxelles, dont je viens de parler, le premier dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 60 du 8^e vol.; le second, dans le même Recueil, page 152 du 14^e vol., et dans le Recueil de Denevers, vol. de 1810, page 10 du

Supplément; et le troisième, dans le Recueil de Denevers, même volume, page 102 du *Supplément*.

Au surplus, la Cour de cassation, par arrêt du 21 juillet 1806, rapporté dans le Recueil de Denevers, vol. de 1806, page 458, et dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 159 du 7^e volume, a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour royale de Paris, qui avait ordonné l'exécution d'un testament, renfermant d'abord l'énonciation que le testateur avait signé avec le notaire, et ensuite la déclaration de la part du testateur que sa maladie et sa faiblesse l'empêchaient de signer. Le motif qui a déterminé l'arrêt de la Cour de cassation, est qu'il est dans l'ordre naturel que lorsque le testateur et les témoins annoncent vouloir signer le testament, le notaire déclare qu'ils ont signé, quoique les signatures ne suivent pas cette déclaration; que si le testateur déclare ensuite que sa maladie et sa faiblesse l'empêchent de signer, le notaire peut et doit le dire dans l'acte; et qu'il n'existe en cela aucune espèce de contradiction.

[*Observations nouvelles à ce sujet. — Arrêt. — Cas particulier sur l'impossibilité de signer après l'avoir essayé.*]

[242 bis. Le principe de la mention de la cause qui a empêché de signer a été justement appliqué par un arrêt de la Cour royale de Toulouse, en date du 5 avril 1818, rapporté dans Sirey, tome 23, 2^e partie, page 68, dans une espèce particulière.

Le testament qui faisait naître la difficulté se terminait ainsi : « Et ladite testatrice qui avait été requise par nous » notaire, de signer le présent, et qui avait cru pouvoir » le faire, ayant essayé de signer n'a pu compléter sa signature, ainsi qu'il résulte de l'essai ci-à-côté, de quoi » elle nous a requis de lui concéder acte, comme aussi » nous lui avons fait lecture de la présente déclaration. »

La Cour a considéré qu'il ne suffisait pas de dire dans un testament où manque la signature de son auteur, que celui-ci n'a pu signer, ou même a déclaré ne pouvoir signer;

qu'il faut en outre y exprimer la cause pour laquelle le testateur a déclaré être empêché de le signer : l'on doit du moins y ajouter pourquoi il ne l'a pas pu ; que si le commencement de sa signature laisse entrevoir que la testatrice eut d'abord la volonté et le pouvoir de signer, l'on peut aussi, de ce qu'elle n'acheva pas sa signature, conclure que cette volonté et ce pouvoir ne tardèrent pas à prendre fin, sans néanmoins qu'on sache le motif et la cause qui les firent cesser.

Ces motifs sont calqués sur la loi elle-même, et ils deviennent plus sensibles encore, si l'on fait attention au changement de législation qui a été introduit sur ce point par l'art. 973 du Code civil : en effet, l'ordonnance de 1735 (art. 5) exigeait seulement la mention de la déclaration par le testateur, qu'il ne savait ou ne pouvait signer ; au lieu que l'art. 973 du Code civil, exige de plus la mention de la cause qui l'a empêché de signer.

Cette législation est spéciale aux testaments ; car, pour les actes notariés ordinaires, l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an 11 exige seulement que les parties déclarent ne savoir ou ne pouvoir signer, sans indication de la cause de cette impossibilité.

Ces nouvelles observations confirment de plus en plus l'opinion que nous avons émise, que la mention de la cause qui empêche le testateur de signer doit être faite de manière à ne laisser aucun doute.

Mais tout ce qui a été dit dans le n° 242 sur la mention de la déclaration de ne savoir ou de ne pouvoir pas signer, concerne le testateur. Les règles ne sont pas les mêmes par rapport aux témoins, dans le très-petit nombre de cas où le Code civil n'exige pas que le testament soit revêtu de leur signature. On saisit facilement les différences des dispositions du Code civil pour le testateur et pour les témoins. On peut voir au surplus ce que dit M. Merlin, 17° vol. de son Répertoire, au mot *Signature*, § 3, art 2, n° 1^{er}, page 559, et art. 3, page 581.]

De la mention des signatures du testateur et des témoins.

— *La loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, s'applique aux testamens. — Arrêts sur ce point. — La mention de la signature du notaire n'est pas de rigueur.*

243. Il ne suffirait pas que le testateur eût signé, il faut que le testament en contienne la mention ; et la mention de cette signature ou de la déclaration de ne savoir signer, doit être faite à la fin de l'acte, ainsi que l'a encore jugé l'arrêt de la Cour royale de Douai, du 9 novembre 1809, que je viens de citer.

Il en est de même par rapport aux témoins. A la vérité, l'article 973 du Code ne parle ni de la mention de la signature des témoins, ni de la mention à la fin de l'acte, de la signature du testateur, ou de sa déclaration de ne savoir ou de ne pouvoir signer ; mais ces mentions sont exigées par l'article 14 de la loi du 25 ventôse an 11, relative à l'organisation du notariat. L'on sent que les dispositions générales de cette loi, sur la forme des actes, que je ne rapporterai ici qu'autant que la matière dont je m'occupe l'exigera, doivent être suivies dans les donations et testamens, lors même qu'elles ne sont point répétées dans le Code civil, à moins qu'il n'y ait une dérogation précise. La signature est un fait matériel qui ne prouve point par elle-même de qui elle est ; cette preuve doit résulter de la mention. D'ailleurs, il dépendrait du notaire de signer et de faire signer après coup ; ce qui donnerait lieu à de graves inconvéniens.

[Ce que nous venons de donner en principe, est plutôt conforme que contraire à ce que dit M. Merlin, 17^e vol. du Répertoire, au mot *Signature*, § 3, art. 2, n^o 11, page 571, et encore, art. 3, n^o 1^{er}, pages 576 et suiv. Sa discussion, sans détruire le principe, prouve seulement combien les difficultés peuvent se multiplier par l'inobservation de tout ce qui est plus régulier.]

Lorsque je disais, dans la première édition de cet ouvrage, que les formalités prescrites par la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, devaient être observées dans les

testamens, comme dans les autres actes notariés, je ne pensais pas que cette proposition pût être controversée ; cependant plusieurs Cours royales ont été divisées sur ce point important, qui est aujourd'hui fixé par un arrêt de la Cour de cassation. Je dois rendre compte des différens arrêts qui ont été rendus.

La Cour royale de Nîmes est la première qui ait décidé la question. Après la mort du sieur Émerie, ses héritiers légitimes attaquèrent son testament par deux moyens : le premier tiré de ce que ce testament avait été rédigé à la troisième personne (je me suis expliqué à cet égard, et j'ai cité à l'appui de mon opinion, l'arrêt de la Cour royale de Nîmes, n° 256, page 534) ; le second, pris de ce qu'on ne trouvait pas à la fin de l'acte la mention qu'il avait été signé par le notaire, mention qui est exigée par l'article 14 de la loi du 25 ventôse an 11, à peine de nullité, d'après l'article 68 de la même loi. Par arrêt du 29 avril 1806, rapporté dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 421 du 7^e vol., la Cour royale de Nîmes rejeta ce dernier moyen : « Considérant que la loi du 25 ventôse an » 11, n'est point applicable aux testamens pour ce qui » concerne leurs formes ; que ces formes sont prescrites » par le Code civil ; qu'elles y sont prescrites dans le plus » grand détail ; que c'est là donc seulement qu'il faut chercher les règles à suivre pour tout ce qui a rapport à la » confection de cette espèce particulière d'actes, etc... »

La Cour d'appel de Bruxelles, par arrêts des 9 août et 13 septembre 1808, décida la même chose, dans deux espèces différentes. Il s'agissait, dans l'une, d'un testament dans lequel ne se trouvait pas l'énonciation de la demeure des témoins, et dans l'autre, d'un testament rédigé en flamand, avec une traduction française, à mi-marge, et pour lequel on avait pris deux témoins qui ignoraient la langue française. On demandait la nullité de ces deux testamens, en se fondant sur les dispositions de la loi du 25 ventôse an 11. La Cour d'appel de Bruxelles jugea que la loi invoquée était relative aux actes autres que ceux de dernière volonté ; que cette loi n'avait pour objet que les contrats,

ainsi qu'il résultait de l'art. 68, qui parle de la signature des parties contractantes, et que les seules dispositions de cette loi, applicables aux testamens, étaient celles qui étaient relatives aux fonctions et devoirs des notaires, ou au matériel des actes, et non aux simples formalités, puisqu'en même temps qu'on discutait la loi du 25 ventôse an 11, on s'occupait d'une autre loi particulière sur la forme des testamens, et dont l'objet a été rempli dans le Code civil. Il est ajouté, dans les motifs de l'arrêt du 9 août, que d'ailleurs le Code aurait dérogé à la loi du 25 ventôse an 11, notamment par l'art. 980, en exigeant simplement que les témoins fussent républicoles.

La question se présenta à la Cour royale de Riom, à peu près dans les mêmes termes qu'à la Cour royale de Nîmes : on demandait la nullité d'un testament, parce qu'il ne contenait pas mention de la signature du notaire. Il y avait cette circonstance, que le testament attaqué avait été fait le 20 floréal an 11, quelques jours avant la promulgation du Code civil; mais il avait été fait sous l'empire de la loi du 25 ventôse an 11. La Cour royale de Riom, seconde chambre, par arrêté du 17 novembre 1808, ordonna l'exécution du testament. L'ordonnance de 1735, lit-on dans les motifs de cet arrêt, était, à l'époque du testament dont il s'agit, la seule loi qui réglât les formes voulues pour la validité des dispositions testamentaires, et elle ne frappe pas de nullité les testamens dans lesquels le notaire n'aurait pas fait mention de sa signature, lorsqu'il les a réellement signés. La loi du 25 ventôse an 11 est purement réglementaire sur le régime du notariat : les expressions, comme la teneur de l'article 68 de cette loi, démontrent qu'elle n'est relative qu'aux actes passés entre parties, et nullement aux dispositions testamentaires, qui toujours ont été soumises à des formalités particulières, et indépendantes des contrats en général. Enfin, le Code civil, qui a fait disparaître, pour les cas qui y sont prévus, toutes les lois antérieures, ne prononce pas la peine de nullité des testamens, lorsque le notaire n'y a pas fait mention de sa propre signature.

On doit convenir que si le système des Cours royales de Nîmes, de Bruxelles et de Riom, avait été admis, il en serait résulté les conséquences les plus dangereuses. En effet, d'après ce système, le testament par acte public serait valable, quoiqu'il ne fût pas daté : deux frères pourraient y concourir comme notaires; les blancs, les lacunes, les interlignes, les surcharges de toute espèce, ne le vicieraient point. Certes, ces considérations qui se trouvent développées, ainsi que tous les principes de la matière, dans un réquisitoire de M. Merlin, alors procureur-général à la Cour de cassation, par lequel il s'était pourvu d'office contre l'arrêt de la Cour royale de Riom (1); ces considérations, dis-je, paraissaient à elles seules devoir être du plus grand poids.

Déjà la Cour royale d'Aix, par un arrêt du 22 juin 1809, qu'on voit dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 418 du 13^e volume, et la Cour royale de Riom, 1^{re} chambre, par un arrêt du 26 mars 1810, rendu conformément à mes conclusions, avaient appliqué à des testamens la loi du 25 ventôse an 11, et en conséquence avaient prononcé la nullité de ces testamens, comme ne contenant pas la mention de la signature des notaires.

La Cour de cassation, par un arrêt du 1^{er} octobre 1810, rendu sur le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, du 9 août 1808, a consacré le principe que les formalités prescrites par la loi du 25 ventôse an 11, doivent être observées dans les testamens publics; et par suite elle a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, qui, comme on l'a vu, avait déclaré valable un testament, quoique la demeure des témoins n'y fût pas énoncée. L'arrêt de la Cour de cassation est rapporté dans le Recueil de Denevers, vol. de 1810, page 498. Les motifs de cet arrêt, qu'il ne saurait être inutile de transcrire, puisqu'ils con-

(1) Ce réquisitoire, postérieur à la première édition de ce Traité, est rapporté en entier dans le Recueil de Denevers, vol. de 1809, pag. 201 et suiv. On le trouve aussi dans la nouvelle édition du Répertoire de jurisprudence, pag. 615 du 13^e vol., aux *additions*.

tiennent une réponse directe à toutes les objections qu'on avait faites, sont ainsi conçus : « Vu les articles 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat ; — Et attendu que cette loi est une loi générale, qui embrasse tous les actes notariés ; que les testamens publics sont des actes de notaires, ainsi qu'il résulte des articles 969 et 971 du Code civil ; que, par suite, les formalités prescrites par la loi du 25 ventôse an 11, sont applicables aux testamens publics comme aux autres actes notariés ; qu'on ne peut tirer une induction contraire de ce que l'art. 68 porte qu'à défaut des formalités prescrites pour valoir comme acte public, l'acte notarié vaudra comme écrit sous signature privée, lorsqu'il sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes ; qu'il en résulte seulement que cette disposition est particulière aux contrats, et doit être restreinte à son cas ; que si le Code civil a établi des formalités, particulières aux testamens publics, il n'a eu, en général, pour objet que d'entourer ces actes de plus de solennité ; que, par conséquent, loin de déroger à celles qui sont prescrites par la loi du 25 ventôse an 11, il en a voulu de plus en plus l'exacte observation, en tout ce à quoi il n'a point dérogé d'une manière formelle ; que s'il en était autrement, il s'ensuivrait les inconvéniens les plus graves, et le Code civil n'aurait pas manqué d'y pourvoir ; que suivant les articles 12 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11, les actes de notaires doivent contenir l'énonciation de la demeure des témoins instrumentaires, à peine de nullité ; qu'il en est donc de même des testamens publics ; que l'article 980 du Code civil ne déroge point spécialement à cette formalité, en exigeant que les témoins soient sujets du Roi (1) ; que ces deux conditions sont distinctes, et la première est d'autant plus indispensable, que sans l'indication de la demeure des témoins, il serait souvent impossible de vérifier s'ils réunissent les qualités requises ; qu'ainsi, en jugeant que le testament public en question est valable, quoique la demeure des témoins n'y soit pas énoncée, la Cour d'appel de

(1) Au lieu de sujets de l'Empereur.

Bruxelles a violé les art. 12 et 68 de la loi du 25 ventôse an 11. »

Il est néanmoins nécessaire de faire une observation relativement à la mention de la signature du notaire. On a vu que c'était à raison du défaut de cette mention, que les Cours royales d'Aix et de Riom, par leurs arrêts des 22 juin 1809 et 26 mars 1810, avaient annulé les testamens dont il était question devant elles. La Cour royale de Riom avait même prononcé cette nullité, parce que la mention de la signature du notaire ne se trouvait pas à la fin de l'acte, et quoique cet acte commençât ainsi : *Par-devant le notaire SOUSSIGNÉ*. Mais la loi du 25 ventôse an 11, a été interprétée à cet égard par un avis du Conseil d'État, du 16 juin 1810, approuvé par le chef du gouvernement d'alors, le 20 du même mois; et il résulte de cet avis que la peine de nullité prononcée par l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an 11, ne doit être appliquée qu'au défaut de mention de la signature, soit des parties, soit des témoins, et ne doit pas être appliquée au défaut de la mention de la signature des notaires qui ont reçu l'acte. Ainsi le défaut de mention de la signature du notaire dans un testament, ne peut pas en faire prononcer la nullité; mais d'après l'avis du Conseil d'État, le testament serait vicié radicalement par le défaut de mention de la signature du testateur et des témoins.

[*Du cas où le testateur, quoiqu'il sût signer, déclarerait qu'il ne le sait pas. — Du cas où il en aurait perdu l'habitude.*]

[243 bis. La déclaration de ne savoir signer équivaut à la signature; elle est la seule ressource de celui qui ne sait pas signer, pour constater que le testament est l'ouvrage de sa volonté tout entière. Mais si sachant signer, le testateur déclare faussement qu'il ne le sait pas, le testament sera-t-il nul? il n'en faut point douter. L'ancienne jurisprudence nous offre jusqu'à sept arrêts de différens parlemens qui l'ont ainsi décidé, et qui se trouvent rapportés par M. Merlin (Questions de droit, 3^e édition, v^o *Signature*, § 3).

Voici comment Raviot sur Périer justifie cette juris-

prudence, en citant un arrêt du parlement de Dijon. « Ce » lui qui sait signer et dit qu'il ne le sait pas, fait un acte » faux et nul. Il est à présumer qu'il a disposé contre son » gré, ou plutôt qu'il n'a pas voulu disposer, puisqu'il » ne donne pas à son acte cette preuve et ce témoignage » de sa volonté qu'il pouvait lui donner. Il ne lui a point » imprimé ce sceau de vérité et de liberté qui était entre ses » mains, et qui consiste principalement dans la signature de » celui qui sait signer. »

Ces motifs évidemment fondés en raison, appartiennent à toute bonne législation; aussi nous voyons qu'ils ont été adoptés sous l'empire du Code civil par les Cours royales. La Cour de Grenoble et celle de Trèves ont, par trois arrêts successifs, annulé des testamens faits dans de pareilles circonstances; et depuis même que la Cour de Bruxelles est séparée de la France, la question s'étant présentée devant elle, y a reçu la même décision. (Pour les arrêts de Grenoble et de Trèves, voyez Sirey, tome 11, 2^e partie, pages 577 et 460, et pour l'arrêt de Bruxelles, voyez M. Merlin, *loco citato*, à la note.)

Si le testateur qui a déclaré ne savoir signer, en avait effectivement perdu l'habitude, s'il ne signait plus, le testament qu'il aurait fait serait valable, parce qu'alors il n'y a point de fausse déclaration et par conséquent point d'équivoque sur sa volonté; on ne peut dire qu'il a testé contre son gré, ou qu'il n'a pas voulu tester. M. Merlin, *ibid.*, énumère plusieurs arrêts confirmatifs de ce principe; et au mot *testament*, § 10 du même ouvrage, il cite un arrêt semblable de la Cour de cassation, rendu le 8 messidor an 11, au sujet du testament de Léonard Fellonneau, fait le 50 août 1783. Le motif de l'arrêt qui concerne notre question est ainsi conçu : « Attendu, sur le » premier moyen, qu'étant constaté en fait par le juge- » ment attaqué que Léonard Fellonneau avait, depuis 1751, » perdu l'habitude de signer, et qu'il ne le savait plus, » ce qui est démontré par l'inspection de trente-huit ac- » tes dans lesquels il avait déclaré ne savoir signer, la » déclaration semblable faite dans son testament ne s'é-

« carte en rien du vœu de l'art. 5 de l'ordonnance de 1735. »

Quoique cet arrêt ait été rendu sous l'ancienne législation, il nous paraît hors de doute qu'il doit être suivi sous la nouvelle.

Au surplus, les questions de savoir si les formalités de la nature de celles dont nous nous occupons, ont été remplies d'après les vrais principes fondés sur les dispositions de la loi, sont devenues tellement nombreuses qu'il est difficile de les suivre ; nous pensons d'ailleurs que cela est inutile. Ce sont des nuances particulières sur lesquelles les tribunaux n'auraient point à prononcer si les notaires se conformaient exactement au Code civil. Il s'agit alors d'examiner la question telle qu'elle résulte de la teneur des actes. Il s'ouvre une vaste carrière aux interprétations. Il nous suffit, en pareil cas, d'indiquer les sources où l'on pourra trouver les arrêts qui ont jugé dans toutes les circonstances particulières qui présentent plus ou moins d'inexactitude à se conformer à la loi.

Or, M. Dalloz, dans son Journal des audiences, tome 22, pages 175 et suivantes, rapporte une foule d'arrêts qui font connaître ces circonstances. Ils sont rendus, soit par les Cours royales, soit par la Cour de cassation ; ils ont ensuite été rapportés avec quelques autres dans plusieurs ouvrages de jurisprudence, et notamment dans le 17^e vol. du Répertoire de M. Merlin, aux mots *Signature* et *Testament*. Nous avons rapporté ceux qui nous ont paru le plus utiles, et qui pouvaient donner un nouveau poids aux principes que nous exposions.

Avant de terminer ce numéro, nous croyons utile de faire remarquer que, si la fausse déclaration de ne savoir signer était faite dans un acte emportant des obligations réciproques, elle ne saurait faire annuler cet acte ; le motif de cette décision se sent aisément. Il ne peut en effet dépendre d'une des parties de se ménager, par ce moyen frauduleux, la faculté de se soustraire envers l'autre partie à des engagements contractés de bonne foi : *Fraus sua nemini patrocinari debet*. C'est ainsi que l'a décidé la Cour de cas-

sation , par son arrêt du 30 messidor an 11 , sur des motifs qui font bien sentir la différence que l'on doit faire, au sujet de notre question, entre un testament qui est un acte unilatéral, et les actes synallagmatiques. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une donation mutuelle faite entre les époux Château-Challon. La dame Château-Challon avait déclaré ne savoir signer, quoiqu'il fût constant qu'elle savait le faire. Après le décès de son mari, elle réclama l'exécution de la donation. Mais la veuve Maillard et les autres héritiers du mari demandèrent la nullité de cette donation, se fondant entre autres moyens sur la fausse déclaration faite par la dame Château-Challon. La nullité fut prononcée par le tribunal civil de Loches ; mais son jugement fut réformé par la Cour d'Orléans, et le pourvoi contre l'arrêt de cette Cour, malgré les conclusions de M. Merlin, qui rappelait les arrêts de l'ancienne jurisprudence relatifs aux testamens, fut rejeté, notamment par le motif, « qu'il n'y » a rien à conclure des jugemens et arrêts cités, qui ont » été rendus dans des circonstances particulières et *sur des* » *actes testamentaires* dans lesquels un seul stipule, et où » l'obsession peut facilement se présumer ;

» Que dans un acte synallagmatique, la partie qui aurait fait une déclaration inexacte de ne savoir signer, ne » pourrait évidemment s'en prévaloir, et se jouer de la » bonne foi de l'autre partie, en refusant d'exécuter les » obligations authentiquement consenties ; qu'elle doit, » par parité de raison, profiter de celles souscrites à son » profit. » (Voyez M. Merlin, Quest. de droit, 3^e édition, v^o *Signature*, § 3.)]

Du cas où le testateur aurait signé d'un surnom de terre, de propriété, ou de convention. — Exemple du testament de M. Massillon. — Du cas où un individu fait son testament ailleurs qu'au lieu de son domicile.

244. On a vu plusieurs fois attaquer de nullité des testamens, sur le fondement que le testateur n'avait pas signé de son vrai nom de famille, mais seulement d'un surnom de terre ou de propriété, par lequel il était cependant

reconnu dans la société. Lorsque la loi exige la signature, on peut dire qu'elle entend sans distinction celle du nom de famille, qui est le véritable, sauf à y ajouter le surnom par lequel on peut être distingué parmi des individus du même nom.

L'ordonnance de 1629, art. 211, voulait que tous gentilshommes fussent obligés de signer de leur nom de famille, et non pas seulement de celui de leur seigneurie, à peine de nullité des actes et contrats. Il en était de même des testamens faits par les novices, qui ne devaient pas non plus signer de leur nom de religion.

La loi semble même ne pas reconnaître certains noms de convention que donnent les grandeurs et les dignités. Le célèbre évêque de Clermont, M. Massillon, étant décédé le 28 septembre 1742, on produisit à son décès un testament mystique, du 14 mars 1737, écrit d'une main étrangère, signé sur toutes les pages en cette forme † *J. B. évêq. de Clermont*. L'acte de suscription, par-devant notaires et témoins, était signé dans la même forme. Dans le testament et dans l'acte de suscription, les qualités étaient *Jean Baptiste Massillon, évêque de Clermont*. Par ce testament, M. Massillon, après un nombre de legs pieux, instituait les pauvres de l'Hôtel-Dieu de Clermont ses héritiers universels. Ce testament fut attaqué de nullité par le sieur Massillon, frère du testateur. Il se fondait sur ce que le testateur ne l'avait signé ni par son nom de baptême en toutes lettres, ni par son nom de famille; que n'ayant écrit de sa main que son titre d'évêque de Clermont, ce ne pouvait être regardé comme une signature; que les lettres *J. B.* qui étaient avant le titre d'évêque, que les héritiers testamentaires disaient être les deux lettres initiales de son nom de baptême, et signifier *Jean-Baptiste*, pouvaient signifier tant d'autres choses, que pour en tant signifier elles ne signifiaient rien. Il ajoutait que si les évêques étaient en usage de ne signer que leur nom de baptême, au moins l'usage était de le signer en toutes lettres; qu'il n'y avait point d'exemple de signatures par de simples lettres initiales, qu'autant qu'elles étaient suivies du nom de famille;

que cet usage des évêques n'était que pour les actes qui émanaient de l'autorité épiscopale, mais que dans les actes civils la signature du nom de famille était indispensable. Enfin, on citait toutes les ordonnances qui exigent la signature, celles d'Orléans, de Blois, de 1629, et celle qui était relative aux novices.

Les administrateurs de l'Hôtel-Dieu opposaient que l'ordonnance de 1629, outre qu'elle n'avait aucune application aux évêques, n'avait jamais été enregistrée au parlement de Paris, ni eu d'exécution (elle n'y a jamais eu d'exécution; cependant elle y avait été enregistrée; mais l'enregistrement était réputé n'avoir pas été fait librement); que si les ordonnances exigent la signature du testateur, elles ne s'expliquent pas sur la forme et la manière de signer; qu'ainsi, dans les testamens comme dans les autres actes, on doit regarder comme la véritable signature, celle que le testateur a accoutumé de faire dans le cours de sa vie : qu'il n'était donc question que de savoir si la signature de M. Massillon, telle qu'on la trouvait dans son testament, était celle dont il se servait ordinairement. Or, l'affirmative était prouvée par tous les actes qu'il avait signés depuis son avènement à l'épiscopat, soit ceux qui étaient émanés de son autorité épiscopale, registres de la chambre ecclésiastique, actes domestiques, baux à ferme et quittances, soit ses lettres missives, soit les actes étrangers où il avait signé; partout il avait toujours signé en la même forme que dans le testament.

Après une plaidoirie de plusieurs audiences, par une sentence du 5 avril 1743, de la sénéchaussée de Clermont, conforme aux conclusions du ministère public, le testament fut confirmé.

Il y eut appel de cette sentence; mais le frère du testateur s'en départit, par un traité du mois de janvier 1744, au moyen d'une pension viagère que l'hôpital lui accorda pour lui et sa famille. *Voy. les annotateurs de Prohet, sur la Cout. d'Auvergne*, page 110, édit. de 1770.

Sur des questions de cette nature, il est difficile de donner des règles fixes. Les circonstances peuvent influencer, et

elles varient à l'infini. En mettant à l'écart l'ordonnance de 1629, qui n'était point considérée comme loi dans plusieurs parlemens, et qui d'ailleurs ne peut actuellement, et sous aucun rapport, être considérée comme telle, la législation nouvelle présente à ce sujet le même embarras que l'ancienne. Il semblerait bien qu'en général le testament devrait avoir son effet, quand le testateur signe, comme il a signé toute sa vie dans les actes : mais cette preuve peut être quelquefois difficile à acquérir. On sent donc combien il est prudent, de la part des notaires, de prendre toutes les précautions possibles pour éviter de pareilles contestations, soit relativement à la signature du testateur, soit par rapport aux signatures des témoins. Cet avis concerne également tout particulier qui ferait un testament olographe. Je dois même avouer que si j'ai rapporté avec détail les moyens par lesquels le testament de M. Massillon fut attaqué, c'est afin de donner une idée des ressources que l'imagination sait créer pour servir la cupidité ; et j'ai pensé que ce détail, fût-il même un épisode, serait excusé, dès qu'il instruirait du sort des dernières volontés d'un prélat aussi illustre. Le respect dû à sa mémoire m'engage encore à ajouter que, dans son testament, il avait déclaré, et on s'en faisait un moyen contre son frère, qu'il avait abandonné à sa famille tous les biens de son patrimoine ; que ceux de l'église étaient le patrimoine des pauvres ; qu'ils devaient appartenir par préférence à l'Hôtel-Dieu de Clermont, qui était la retraite de tous les pauvres de son diocèse.

Si la signature d'un surnom de terre, de propriété, ou de convention, peut faire douter de l'identité de la personne du testateur, le même doute peut se présenter dans d'autres circonstances ; par exemple, lorsqu'un individu fait son testament ailleurs qu'au lieu de son domicile. L'article 11 de la loi du 25 ventôse an 11, veut que le nom, l'état et la demeure des parties soient connus des notaires, ou leur soient attestés, dans l'acte, par deux citoyens connus d'eux. Les notaires qui ne connaissent pas les personnes qui se rendent chez eux, ou qui les font appeler pour faire leurs testamens, doivent donc avoir la précaution de se faire

attester, par deux témoins, le nom, l'état et la demeure de ces personnes.

Une question de cette nature a été agitée en la Cour d'appel de Bruxelles, et ensuite en la Cour de cassation. *Léonard Van den Bussche*, propriétaire à Bruges, fit un testament qui fut reçu par le notaire Winekens, à Borcette, dans l'arrondissement d'Aix-la-Chapelle, où le testateur s'était rendu pour prendre les eaux. Ce testament contenait un legs en faveur de Lisette Bosch, et six témoins, au nombre desquels étaient Jean et Matthieu Bosch, père et oncle de cette dernière, avaient été présens au testament. Les héritiers légitimes de Léonard Van den Bussche arguèrent le testament de nullité, 1^o parce que rien ne constatait l'identité de la personne du testateur; 2^o parce que le père et l'oncle de Lisette Bosch, légataires, avaient concouru au testament comme témoins. Le notaire Winekens avait déclaré, dans le testament attaqué, que l'individu près duquel il avait été appelé pour recevoir son testament, s'appelait Léonard Van den Bussche, demeurant à Bruges, ainsi qu'il était qualifié dans le passe-port dont il lui avait exhibé, et que ce passe-port avait été délivré à Bruges, le 11 messidor an 12, sous le n^o 2593. L'identité du testateur avait été surabondamment attestée dans l'acte, par Jean et Matthieu Bosch, chez l'un desquels il était logé à Borcette, aux Bains-de-St-Jean. La circonstance que le testateur avait fait un legs à la fille de Jean Bosch, un de ces derniers, ne pouvait être propre à atténuer leur déclaration, puisque l'article 975 du Code, qui défend que les témoins puissent être parens des légataires jusqu'au quatrième degré, concerne les témoins testamentaires, et non ceux appelés pour attester le nom et l'état du testateur. Enfin, les héritiers qui attaquaient le testament étaient convenus que Léonard Van den Bussche s'était rendu près d'Aix-la-Chapelle, pour prendre les eaux, et avaient reconnu que ce Van den Bussche était décédé près d'Aix-la-Chapelle. C'est par ces différens motifs que la Cour d'appel de Bruxelles, infirmant la décision des premiers juges, ordonna l'exécution du testament de Léonard Van den Bussche.

Le pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, a été rejeté par arrêt du 6 avril 1809. La Cour de cassation a pensé que l'identité du testateur et de Léonard Van den Bussche était suffisamment constatée, tant par l'exhibition de son passe-port au notaire, que par les diverses autres circonstances du procès; et attendu qu'il résultait de l'arrêt attaqué que quatre témoins, autres que les frères Bosch, étaient présents lors de la confection du testament, et que ces frères n'avaient été appelés par le notaire que pour attester surabondamment, et attester de plus en plus l'identité de Léonard Van den Bussche et du testateur. La Cour de cassation a pensé aussi que le legs fait à la fille d'un de ces frères Bosch, n'était point de nature à vicier le testament qui contenait ce legs.

On trouve l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, et celui de la Cour de cassation, dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 227 du 1^{er} vol.; et par extrait, dans le Recueil de Denevers, vol. de 1809, page 47 du *Supplément*.

[*Arrêts rendus sur la première question traitée au numéro précédent.*]

[244 bis. Lorsque nous traitions, dans le numéro précédent, la question que faisait naître la manière dont l'illustre Massillon, évêque de Clermont, avait signé son testament, nous écrivions à une époque très-rapprochée de l'émission du Code civil; nous n'étions aidés d'aucun élément de jurisprudence : aucun arrêt n'était alors connu sur la difficulté. Il n'est donc pas étonnant que nous n'ayons pu nous expliquer d'un ton affirmatif. Cependant c'était émettre de notre part une opinion pour la validité du testament, que de dire : *Il semblerait bien qu'en général le testament devrait avoir son effet, quand le testateur signe comme il a signé toute sa vie dans les actes.* Or, cette opinion a été pleinement confirmée par des arrêts rendus depuis la seconde édition de notre Traité.

Le Recueil qui, le premier, a fait connaître la jurisprudence formée sur cette importante question, est celui de

Sirey. Il s'agissait du testament de M. l'évêque de Bayonne, dont le nom était *Jean-Jacques Loison*. Il avait apposé sur son testament olographe sa signature, qui se composait uniquement d'une croix, de deux J et de l'énonciation de sa qualité. Le testament qui fut attaqué par les motifs par lesquels on contestait celui de M. Massillon, fut validé par un arrêt de la Cour royale de Pau, du 13 juillet 1822, que l'auteur du Recueil rapporte, tom. 22, 5^e part., page 537; et le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par arrêt de la section des requêtes, du 23 mars 1824, que l'auteur rapporte, tome 24, pag. 245. C'est dans cette dernière partie du Recueil, que l'on voit le plaidoyer de M. Teste-le-Beau, avocat de l'héritière qui demandait la nullité du testament. Ce plaidoyer présente un tableau exact et intéressant des lois, anciennes et modernes, qui prescrivaient la signature des actes, du nom de famille, c'est-à-dire, du nom propre, ou de tout autre nom, pourvu qu'on eût été autorisé à le porter par une loi. Mais il n'y a pas de règle, quelque générale qu'elle soit, qui n'ait des exceptions, parce qu'il y a des équivalens tellement précis qu'ils suppléent à la chose même, qui deviennent un véritable nom, sur lequel il est impossible de se méprendre.

Ainsi la Cour royale de Pau valida le testament par des motifs concluans : ils sont rapportés avec l'arrêt, par Sirey; ils le sont encore par M. Merlin, 17^e volume de son Répertoire, au mot *Signature*, § 3, article 4, n^o 2. Il nous suffit de renvoyer à l'un et à l'autre. Nous nous bornons à rapporter l'arrêt de la Cour de cassation : « Attendu que l'arrêt déclare, sur le vu de différentes pièces souscrites par le testateur, que la signature étant au bas du testament litigieux, est celle qu'il employait habituellement dans tous les actes qu'il souscrivait, et qu'ainsi, en déclarant ce testament valable, la Cour royale de Pau ne s'est mise en opposition avec aucune des lois invoquées. »

Nous pensons que ce qui a été jugé relativement au mode de signer des évêques, doit également avoir lieu, ainsi que nous l'avions dit, pour les signatures de tous autres particuliers quelconques, quels que soient les actes

qu'ils signent. Il y a les mêmes motifs de décision, lorsqu'ils ont signé un testament de la manière dont ils ont signé toute leur vie. Cela résulte de deux des motifs de l'arrêt de la Cour royale de Pau :

« Attendu que le but unique du législateur, en prescrivant la signature, a été que *la personne* et les dispositions du testateur fussent certaines; — que c'était par cette signature, qu'il (le testateur) était reconnu, et qu'il certifiait habituellement des actes civils et ceux de son ministère, ainsi que cela résulte de plusieurs actes authentiques remis au procès. »

Nous tirons les mêmes inductions de ce que disait *Bannelier*, cité par M. Merlin, *loc. cit.*, n° 1^{er}, qu'il devait se faire une exception à la règle prescrite par l'ordonnance de 1629. C'est, disait-il, lorsque le testament se trouve signé en la même forme et sous la même désignation que le contrat de mariage, et que tous les actes les plus importants qu'aurait passés le testateur toute sa vie : *sic agebat, sic contrahebat*. Aussi le même auteur cite d'anciens arrêts qui confirmaient l'exception, et qui avaient été rendus par le parlement de Dijon.

Mais nous pouvons invoquer, à l'appui de notre opinion, un arrêt important rendu sur la question même, par la Cour royale de Bourges, le 19 août 1824. Il ne s'agissait pas, dans l'espèce, de la signature d'un prélat, mais bien de celle d'un simple particulier, apposée au testament qui fut confirmé. L'arrêt est rapporté dans le Journal des audiences, de M. Dalloz, tom. 25, 2^e partie, pag. 62. On connaîtra tout ce qu'il est nécessaire de savoir sur la question, en rapportant les motifs de l'arrêt :

« Considérant, 1^o que le nom de famille du testateur était *Marie*; que l'on trouve, dans un grand nombre d'actes publics, le nom de *Marie d'Avigneau*; mais que l'habitude de prononcer ce dernier nom, faisait regarder celui de *Marie* comme seulement patronimique; et qu'en effet, le testateur, et l'appelant lui-même, qui est son frère, n'est connu partout que sous le nom d'*Avigneau*, que c'est sous ce dernier nom seulement, que le brevet d'une pen-

sion a été accordé par le Roi au testateur, pour ses services, et quo le titre de chevalier de St.-Louis lui a été conféré; qu'il en est de même de l'inscription de sa pension aux registres, de l'inventaire par lui fait, les 28 et 29 mars 1821, et d'un grand nombre d'actes dans lesquels le nom seul d'*Avigneau* est porté, et non celui de *Marie*; que si l'on examine les quittances par lui données de sa pension, les actes signés par lui comme maire de sa commune, les baux qu'il passait, etc., on n'y trouve que le nom d'*Avigneau*; en sorte que l'opinion publique ne s'était arrêtée qu'à ce seul nom; que le but du législateur, en prescrivant la signature, a été que la personne du testateur fût connue; et que la foi publique serait trompée, si le nom qu'il s'était donné et qu'il portait toujours dans sa vie publique et privée, ne suffisait pas pour le faire reconnaître. »

On peut encore s'aider, pour appuyer notre opinion, d'un arrêt de la Cour de cassation, du 30 janvier 1824, rapporté par M. Favard, dans son Répertoire, au mot *Signature*, § 1^{er}, n° 8. Quoique cet arrêt ait été rendu à l'occasion de la signature d'un employé de la régie des contributions indirectes, apposée au bas d'un procès verbal tendant à constater une contravention, il ne laisse pas d'y avoir une analogie entre cette espèce et celle dont il s'agit. Aussi cette analogie est reconnue par M. Favard lui-même.

Mais nous pensons que le testament d'un simple particulier, auquel il aurait seulement apposé pour signature deux ou trois lettres initiales de ses noms et prénoms, ne pourrait être validé, même quand il aurait toujours, ou presque toujours, signé de cette manière. Quelques lettres de l'alphabet réunies ne sauraient former un nom, et par conséquent une signature; et un usage précédent, quelque ancien et quelque uniforme qu'il eût été, ne serait qu'un abus qui ne pourrait en autoriser d'autres. On serait fondé à dire qu'on a pris mal à propos pour signature ce qui n'en était pas une. Tel est le résultat de ce que dit M. Merlin, *loco citato*, n° 2. « Dès que pour être censé signer un acte, dit-il, il faut y apposer son nom, il est bien clair qu'il y faut apposer toutes les lettres alphabétiques dont ce nom se

compose; et qu'un testateur ne serait pas censé signer son testament, s'il n'y apposait que, soit ses prénoms ou l'un de ses prénoms, soit les lettres initiales de son nom seulement, ou de ses prénoms et de son nom, ou seulement de ses prénoms. » Il cite plusieurs arrêts qui l'ont jugé, et notamment un arrêt du 26 octobre 1658, rapporté par le président Wynantz, qui déclara nul le testament de Marie Renée de Baronage, parce qu'il n'était signé par elle que des lettres M. R. B. Il fait encore mention d'un arrêt sans date, rapporté par le même magistrat, qui avait pareillement déclaré nul un testament que le testateur n'avait souscrit que des deux ou trois premières lettres de son nom et de ses prénoms; et il est ajouté, qu'il est à remarquer que c'était dans une espèce où étaient représentées des lettres missives et divers actes que le testateur avait signés de la même manière.

« Mais, continue M. Merlin, il y a tout lieu de croire que s'il eût été prouvé que le testateur ne signait pas seulement ainsi des lettres missives, que les actes qu'il avait encore signés de même, étaient importants, et qu'il ne signait pas habituellement d'une autre manière, ce testament eût été déclaré valable. Telle paraît, du moins, être la conséquence de l'exception, par laquelle nous avons vu, au numéro précédent, qu'est limitée la règle générale, qui n'admet pour signature que l'apposition du véritable nom de famille du testateur. »

Or, nous ne saurions admettre cette opinion : ce serait violer trop ouvertement la loi, et pousser l'abus jusqu'à l'excès. Il y aurait d'ailleurs un grand inconvénient qui résulterait de la facilité qu'aurait tout autre que le testateur, d'apposer sur un simple projet de testament olographe non signé, les lettres initiales d'un nom ou d'un prénom. En effet, ces lettres ne seraient pas susceptibles d'être vérifiées, afin de savoir si elles seraient, ou non, parties de la main du testateur; car on sent combien il serait aisé de contrefaire des lettres dont on voudrait faire résulter une signature. On ne pourrait comparer, avec quelque espoir d'en tirer une certitude, cette prétendue signature, soit avec le corps du

testament écrit de la main du testateur, soit avec d'autres actes écrits aussi de sa main. Il n'est pas dans l'esprit de notre législation, de livrer les dispositions de dernière volonté à des attestations aussi fragiles. Nous pensons même qu'aucun notaire ne tolérerait l'apposition de lettres simplement initiales, pour tenir lieu de signature, soit sur l'acte de suscription d'un testament, soit sur tout autre acte.

Immédiatement après le passage de M. Merlin, que nous venons de rapporter, il vient, pour appuyer son opinion, au testament de M. Massillon et à celui de M. l'évêque de Bayonne, et, à ce sujet, il cite l'arrêt de la Cour royale de Pau, et celui de la Cour de cassation, qui l'a confirmé.

Mais, outre que des exceptions à une règle doivent être plutôt limitées qu'étendues, il n'y a pas de parité entre l'espèce proposée par M. Merlin, et celles des testaments de ces deux prélats. Dans ces dernières espèces, il n'y a pas seulement des lettres initiales, il y a de plus l'écriture de leur qualité d'évêque, et du nom de leur diocèse. Or, on voit là un supplément de nom, l'énonciation d'une qualité qu'on identifie avec un nom qui, en un mot, fait reconnaître d'une manière certaine le testateur; et dans tout cela il existe un corps d'écriture qui peut fournir matière à une vérification, et qui peut rendre sans effet les tentatives d'une falsification.

Il n'y a pas non plus, et par les mêmes raisons, de parité entre l'espèce proposée par M. Merlin, et celle de l'arrêt de la Cour royale de Bourges, du 19 août 1824, que nous avons cité.]

Des formalités qui concernent les témoins. — Ce qu'on doit entendre par le mot campagnes, employé dans l'art. 974 du Code.

245. Je passe actuellement aux formalités qui concernent les témoins qui doivent être présents au testament.

Il est dit dans l'article 974 : « Le testament devra être » signé par les témoins; et néanmoins, dans les campagnes, » il suffira qu'un des deux témoins signe, si le testament est

» reçu par deux notaires, et que deux des quatre témoins
 » signent, s'il est reçu par un notaire. »

Ces mots, *et néanmoins, dans les campagnes*, prêtent à l'arbitraire. On sent qu'on peut élever des difficultés sur ce qu'on doit entendre, ou non, par les *campagnes*.

L'ordonnance de 1735, art. 45, exigeait la signature de tous les témoins *dans les villes ou bourgs fermés*, et elle voulait que dans *les autres lieux*, la signature de deux témoins suffît. L'exécution de cette loi était encore embarrassante. Plusieurs lieux très-peu considérables affectaient le titre de *villes*; on ne savait si on devait, ou non, appliquer à d'autres le titre de *bourgs fermés*, parce que souvent il n'y restait que quelques vestiges d'anciens murs. Les difficultés n'étaient vaincues de la part des notaires attentifs que par l'excès même des précautions. Ce qui prouve que sur ce point de législation, il est difficile de ne pas être soumis à l'arbitraire des tribunaux, selon les circonstances, c'est la disposition de l'art. 166 de l'ordonnance de Blois, qui, pour les actes en général, renchérit en cette partie sur les formalités prescrites par l'art. 84 de celle d'Orléans : cet article 166 exigeait un témoin signataire, lorsque la partie qui s'obligeait ne pouvait signer, et seulement *ex villes ou gros bourgs ezquels vraisemblablement on puisse avoir témoins qui sachent signer*.

Il eût peut-être été à désirer que le législateur eût réglé la nécessité absolue du nombre de témoins signataires, sur un taux de population, ainsi que le proposait la section de législation du Tribunat, comme on le voit dans ses observations sur cet article 974, qui était le 86^e du projet du titre *des donations et testamens*, qui lui était présenté. La section proposait de déterminer ce qu'on pouvait appeler *campagnes*, par les communes dont la population serait au dessous de mille âmes.

On ne peut donc, dans une semblable matière, qu'indiquer aux notaires une espèce de *maximum* de prudence. Il consisterait à avoir toujours le plus grand nombre de témoins signataires, prescrit par la loi, non-seulement lorsque le testament serait fait dans les lieux qui sont incontes-

tablement *villes*, tels, par exemple, que les chefs-lieux d'arrondissement de tribunaux civils ou de sous-préfecture, mais encore dans les chefs-lieux de justice de paix, et de plus, dans les lieux du même arrondissement de justice de paix, dont la population serait égale ou supérieure à celle du chef-lieu : tout le reste paraît devoir être classé dans ce qu'on doit entendre par les campagnes.

Lorsque je me suis expliqué, à ce sujet, dans la première édition de cet ouvrage, j'étais réduit à mes propres idées, comme je l'étais sur un grand nombre d'autres questions. Je ne pouvais m'aider du poids d'aucun arrêt ; il n'en avait pas encore été rendu sur cette matière, au moins de ma connaissance. Depuis, la difficulté s'est présentée en la Cour d'appel de Turin, et il est bon de connaître l'arrêt que cette Cour a rendu.

Dans l'espèce de cet arrêt, *Jean Mussato* avait fait, le 29 mars 1806, son testament public dans la commune de Camagna.

Des quatre témoins, trois seulement l'avaient signé.

Après le décès du testateur, les héritiers légitimes attaquèrent de nullité le testament, attendu que la commune de Camagna ne pouvait pas être prise pour une campagne, et qu'ainsi les quatre témoins auraient dû tous signer.

On jugera plus particulièrement les moyens que ces héritiers firent valoir, en rapportant les motifs du jugement du tribunal civil d'Ivrée, qui accueillit leur prétention.

« Considérant, y est-il dit, que le nom de *campagne*,
» pris dans sa stricte acception, ne signifie qu'une grande
» étendue de pays plat et découvert ; que supposé même
» que l'article 974 du Code civil, n'entende ce mot dans
» cette rigoureuse signification, il serait toujours vrai de dire
» qu'il ne s'étendra en tout cas qu'aux maisons de campagne dispersées et loin du centre de la commune d'où elles
» dépendent, tout au plus à un petit hameau, mais jamais à
» la commune même.

» Que le notaire qui a procédé à l'acte du testament dont
» il s'agit, y a formellement énoncé, qu'il avait été fait en
» la commune de Camagna.

» Que vraiment on ne saurait douter que Camagna doit
 » être rangé dans cette classe, puisqu'il y a le cadastre par-
 » ticulier, la mairie et le conseil municipal. »

On sent aisément la singularité et les dangers du système sur lequel le tribunal d'Ivrée se fondait. Aussi, sur l'appel, il fut infirmé. Il sera utile de consulter le discours qui fut prononcé par l'officier du ministère public, dont nous nous dispensons de rapporter même des fragmens. Nous transcrivons seulement les motifs de l'arrêt, qui sont très-courts.

« Attendu que la circonstance, que l'endroit de Camagna
 » a le titre de commune, avec une administration commu-
 » nale, n'exclut pas que cet endroit soit situé à la campagne ;
 » Qu'en égard à la faible population (dans le discours de
 » l'officier du ministère public, elle était de trois cents ; il
 » y avait environ trente-deux signataires, mais plusieurs
 » étaient parens, ou légataires, et un grand nombre était,
 » lors du testament, répandu dans les champs, et livré aux
 » travaux ruraux), au petit nombre de ses habitans qui sa-
 » chent écrire, et à sa division en cinq hameaux différens,
 » tout empêche de l'appeler ville ou bourg, et rien ne fait
 » obstacle à ce qu'il soit caractérisé comme une campagne ;
 » qu'en conséquence l'exception portée par l'article 974 du
 » Code, en faveur des testamens faits dans les campagnes, a
 » dû être appliquée à celui de Jean Mussato. »

Ainsi la Cour d'appel de Turin a jugé que pour l'application de l'exception établie par l'article 974 du Code civil, il ne fallait pas qu'il fût question d'un testament passé dans un lieu qui n'eût pas le titre de *commune*, dans une maison isolée, loin du centre de la commune d'où elle dépendait ; encore moins dans une étendue de pays plat et découvert, ainsi que l'avait pensé le tribunal d'Ivrée. Un certain nombre de maisons ramassées, quoique formant une commune, peut provoquer l'application de l'exception portée dans l'article 974, selon la faiblesse de la population. Et la décision de l'arrêt rentre dans les idées dans lesquelles je m'en étais expliqué.

Cet arrêt, qui est du 25 mai 1810, se trouve dans le Recueil de jurisprudence du Code civil, tome 16, page 12.

[*Observations nouvelles sur cette question.*]

[245 bis. Les difficultés que nous avons éprouvées sur ce qu'on devait entendre par ce mot *campagnes*, n'ont pu encore être vaincues. M. Favard, dans son Répertoire, au mot *Signature*, § 4, n^o 7, rapporte l'arrêt de la Cour d'appel de Turin que nous venons de citer. Il en indique un autre de la Cour royale de Douai, du 1^{er} juin 1812. Dans l'espèce de cet arrêt, François Petit avait fait son testament, le 17 mai 1809, dans la commune d'Auxi-le-Château; un seul notaire l'avait reçu, assisté de quatre témoins, dont deux seulement signèrent.

Après le décès du testateur, les héritiers attaquèrent le testament de nullité, comme n'ayant été signé que par deux témoins. Un jugement le reconnaît valable, et en ordonne l'exécution.

Sur l'appel, ce jugement a été confirmé, « attendu que l'article 974, du Code civil, a employé le mot *campagne*, par opposition au mot *ville*, et qu'Auxi-le-Château ne peut être considéré comme ville. »

Cet arrêt obscurcit la question plus qu'il ne l'éclaire. On sent tout l'arbitraire que présente le système qu'il admet que tout ce qui n'est pas *ville* est campagne, abstraction faite de toutes circonstances, et surtout de l'état de la population. Ce système pourrait mener à des conséquences qui seraient contraires à l'esprit de la loi.

Mais nous connaissons un arrêt de la Cour de cassation, du 10 juin 1817, qui improuve ce système, en même temps qu'il répand quelques lumières sur la difficulté. Un testament avait été passé dans la commune de Commequiers, qu'on disait avoir eu le titre de ville, et qui, dans le Dictionnaire géographique de Vosgien, était qualifiée de petite ville du Poitou. Sur quatre témoins, deux seulement avaient signé. Le tribunal des Sables-d'Olonne avait déclaré le testament valable, sur le fondement que tout ce qui n'est pas *ville* doit être réputé *campagne*. Sur l'appel, la Cour royale de Poitiers regarda le principe comme étant trop général. Elle confirma le testament, mais sur des motifs plus précis et plus analogues à la difficulté. Elle dit qu'on doit se ren-

fermer strictement dans le sens de l'article 974 du Code civil, et que Commequiers ne possède ni justice de paix, ni bureau de poste, ni foires, ni marchés; que la population en est faible, et que, par toutes ces circonstances, la dénomination de campagne lui est applicable.

L'arrêt rendu sur le pourvoi en cassation, chambre des requêtes, est remarquable : « Attendu que la Cour de Poitiers n'a point adopté le principe, que *tout ce qui n'est pas ville doit être réputé campagne*, professé par les premiers juges; mais qu'en appréciant plusieurs circonstances dont il fait l'énumération, l'arrêt en a inféré que la dénomination de *campagne*, employée par l'article 974 du Code civil, était applicable à la commune de Commequiers, d'où il suit que l'arrêt n'a point violé la disposition de cet article; REJETTE. »

On doit tirer de cet arrêt la conséquence que la décision de ces difficultés dépend d'une foule de circonstances locales qui doivent être appréciées par les magistrats, mais dont il est impossible de fixer le nombre et la nature.]

De la mention de la présence des témoins au testament.

246. Dans l'article 45 de l'ordonnance de 1755, on avait poussé le scrupule jusqu'à dire qu'à l'égard des témoins qui ne sauraient ou ne pourraient signer, *il sera fait mention qu'ils ont été présents*, et c'est ce que ne dit pas l'article 974 du Code.

Mais outre qu'il est difficile que le notaire puisse parler des témoins, sans qu'il dise qu'ils *ont été présents*, la nécessité de cette mention résulte suffisamment des articles 971 et 972. D'ailleurs, j'ai déjà eu occasion d'observer que le testament doit être conçu de manière à prouver que les témoins ont été présents à toutes les opérations du testament, et qu'on ne doit pas supposer qu'ils n'aient été présents qu'à une partie. La formule, *en présence des témoins*, est importante dans les testaments. Il est dit dans l'article 9 de la loi sur le notariat : « Les actes seront reçus par deux » notaires, ou par un notaire *assisté* de deux témoins, etc. » Cela n'a trait qu'aux actes ordinaires.

[Remarquons que si c'est un des principes fondamentaux pour la sûreté et la certitude des dispositions de dernière volonté, et par conséquent pour la validité du testament, que les témoins soient présents à sa confection, il n'est cependant pas nécessaire que le testament contienne la mention expresse et spéciale que les témoins ont été présents à chacune des formalités qui le composent, telles que la dictée et l'écriture. Il suffit, à cet égard, pour remplir le vœu de l'article 971, de la clause générale, *fait en présence des témoins*. La mention expresse et particulière de la présence des témoins n'est exigée par l'art. 972 que pour la lecture seulement. Nous en avons déjà fait succinctement l'observation dans le cours de cette section, et cela est établi par M. Merlin, Répertoire, v^o *Testament*, sect. 2, § 5, art. 2, n^o 4 *bis*, 4^e édition. C'est encore un des points jugés par la Cour royale de Metz, par son arrêt du 19 décembre 1816, rapporté par Sirey, tome 18, 2^e partie, page 325.]

Au reste, il n'est pas indispensable qu'il soit fait mention de la présence des témoins au commencement du testament. La Cour de cassation l'a ainsi décidé par un arrêt du 9 juillet 1806, qu'on trouve dans le Recueil de Denevers, vol. de 1806, page 455. Cet arrêt a jugé que l'article 972 du Code civil, qui exige, pour la régularité de la forme d'un testament, *qu'il en soit donné lecture au testateur en présence des témoins*, n'impose pas l'obligation de faire mention expresse de cette lecture dans la *prémice* du testament; que d'ailleurs il avait été satisfait au vœu de la loi par ces mots insérés avant la clôture du testament attaqué : *Ainsi fait, testé, voulu et ordonné en présence des témoins*; et encore par ceux-ci : *lecture faite audit testateur, présents ledit notaire et les témoins ci-après nommés*.

De la qualité des témoins. — Différences entre ceux des testaments et ceux des autres actes, 1^o quant à leurs droits politiques ou civils; 2^o quant à leur domicile. — Raisons de ces différences.

247. En ce qui concerne la qualité des témoins, il est dit dans l'article 980, que « les témoins appelés pour être

» présens aux testamens devront être mâles, majeurs, *sujets du Roi*, jouissant des droits civils. » Cette règle est commune à l'acte de suscription du testament mystique, comme au testament fait par acte public. L'ordonnance de 1735 s'était expliquée, art. 40, en termes à peu près semblables, à l'exception de l'âge : « Les témoins seront mâles, régnicoles, et capables des effets civils, etc. »

On remarque à ce sujet une grande différence entre les témoins des testamens, et ceux de tous les autres actes en général, quand on compare cet article du Code avec l'article 9 de la loi sur le notariat, dans lequel il est dit : « Les actes seront reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins, *citoyens français, sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé.* »

De cette diversité d'expressions, il résulte deux conséquences.

En premier lieu, les témoins dans les actes ordinaires doivent être *citoyens français*, au lieu que, pour les testamens, il suffit qu'ils jouissent des droits civils, c'est-à-dire, qu'ils soient Français. Or, la première des qualités emporte plus d'attributs que la seconde. La première donne le droit de cité, c'est-à-dire, l'exercice des *droits politiques*; et de plus, elle suppose nécessairement la jouissance des *droits civils*, parce que les droits politiques les renferment éminemment, au lieu que la jouissance des *droits civils* peut exister sans l'exercice des *droits politiques*. En un mot, tout Français jouit des droits civils, mais tout Français n'est pas citoyen français, c'est-à-dire, qu'il peut ne pas réunir les droits politiques aux droits civils; cela résulte des articles 7 et 8 du Code civil.

» L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de *citoyen*, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle. » *Art. 7.*

« Tout Français jouira des droits civils. » *Art. 8.*

C'est donc dans la loi constitutionnelle, et dans les sénatus-consultes organiques, ainsi que dans quelques articles du chap. 1^{er} du titre 1^{er} du Code civil, qu'on doit puiser les

règles d'après lesquelles on saura si un individu est, ou non, *citoyen français*. Mais pour me renfermer dans mon sujet, je me contenterai de dire que tout individu français, sans être *citoyen français*, qui n'est pas tombé dans un des cas dans lesquels la loi le prive de l'exercice des droits civils, et qui est majeur, peut être témoin dans un testament par acte public, et dans l'acte de suscription d'un testament mystique, tandis qu'il ne serait point apte à être témoin dans les actes ordinaires, s'il ne réunissait pas à la qualité de *Français* celle de *citoyen français*.

Je dois maintenant parler des individus qui, sans être nés en France, y sont domiciliés et y jouissent des droits civils. Ces individus peuvent-ils être témoins dans un testament par acte public? Je ne vois pas pourquoi ce droit pourrait leur être refusé. L'art. 980 exige que les témoins soient *sujets du Roi, jouissant des droits civils*. Cet article, au lieu de *sujets du Roi*, disait, dans la première rédaction, *républicoles*. Les individus qui sont domiciliés en France, et qui jouissent des droits civils, sont véritablement *républicoles* ou *sujets du Roi*, quoiqu'ils soient nés en pays étranger; ils peuvent donc être témoins dans un testament, bien qu'ils ne soient pas *citoyens français*, et que dès lors ils ne pussent pas assister comme témoins aux actes ordinaires.

Ce que je viens de dire est confirmé par un arrêt de la Cour d'appel de Turin, en date du 10 avril 1809, lors duquel la question a été approfondie. Cette Cour a déclaré valable l'acte de suscription d'un testament mystique fait à Turin, au nombre des témoins duquel était un individu né dans une ville dépendante du royaume d'Italie, mais qui était domicilié à Turin depuis plus de vingt ans, et y jouissait des droits civils depuis la réunion du Piémont à la France. L'arrêt de la Cour d'appel de Turin est rapporté dans le Recueil de Denevers, vol. de 1810, page 5 du *Supplément*, et dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 102 du 14^e volume. On voit dans les mêmes Recueils, à la suite de l'arrêt de la Cour d'appel de Turin, un arrêt de la Cour royale de Rennes, qui a annulé un testament public, auquel avait été témoin un Suisse résidant en

France. (Le pourvoi contre ce dernier arrêt a été rejeté par un arrêt de la Cour de cassation, du 23 janvier 1811, rapporté dans le Recueil de Denevers, vol. de 1811, page 14.) Mais, d'après les circonstances indiquées dans l'arrêt, ce Suisse ne pouvait pas être considéré comme régnicole ou sujet du Roi, comme jouissant des droits civils. Cet arrêt de la Cour royale de Rennes ne détruit donc pas le principe que j'ai posé, et que la Cour d'appel de Turin a consacré.

En second lieu, les témoins appelés pour les testamens, ne doivent pas être *domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé*, comme cela est exigé pour les actes en général, par l'article 9 de la loi sur le notariat : il suffit qu'ils soient *régnicoles ou sujets du Roi, jouissant des droits civils*. Il est évident que ces expressions n'ont pu être employées dans l'art. 980 du Code, que dans le sens d'une plus grande latitude, et comme une dérogation à la loi sur le notariat : c'est ainsi que cet article a été interprété par la Cour royale de Limoges. L'arrêt de cette Cour, en date du 7 décembre 1809, est rapporté dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 117 du 14^e volume.

Les raisons de cette différence de qualité entre les témoins appelés pour les testamens, et ceux des autres actes, sont, 1^o que les témoins sont plus nombreux à l'égard des testamens que par rapport aux autres actes. Il est à la vérité un cas où, pour les testamens par acte public, il ne faut que deux témoins ; mais aussi, dans ce même cas, il doit y avoir un notaire de plus, qui tient lieu de deux témoins ;

2^o. Qu'on suppose, pour les actes ordinaires, que le notaire appelle lui-même les témoins ; la loi sur le notariat, même art. 9, dit, « ou par un notaire assisté de deux » témoins. » On a pu vouloir limiter et régulariser le choix des notaires, afin d'éviter des abus et des fraudes ; au lieu que, lorsqu'il s'agit de testament, la présomption est que les témoins sont appelés par le testateur. C'est ce que M. Bigot-Préameneu observait, en s'expliquant sur un autre objet, dans la discussion du Conseil d'état, tom. 2,

pag. 566. « D'ailleurs, disait-il, c'est le testateur lui-même » qui choisit les témoins. » Aussi ces mots, *notaire assisté de témoins*, ont disparu dans tout ce qui concerne les testamens ; il est toujours dit, *en présence des témoins*. Or, on a cru devoir donner au testateur plus de latitude, pour le choix des témoins, qu'au notaire ; mais il est bien entendu qu'il ne pourrait appeler pour témoins, des individus contre lesquels il résulterait de la loi sur le notariat, une incapacité à l'égard de tous les actes en général, sur laquelle le Code civil, par rapport aux testamens, ne prononcerait pas une dérogation telle que celle dont je viens de parler.

[*Nouvelles observations à ce sujet.*]

[247 bis. Nous avons traité dans le numéro précédent, deux questions : la première est relative aux qualités que doivent avoir les témoins appelés pour assister à un testament ; la seconde concerne leur domicile.

Par rapport à la première question, nous avons fait remarquer, avec raison, la différence importante qui existe, à cet égard, entre les témoins du testament, et ceux des actes ordinaires. Ceux-ci, d'après l'art. 9 de la loi sur le notariat, doivent être CITOYENS FRANÇAIS, *sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé* ; au lieu que les premiers, d'après l'art. 980 du Code civil, doivent seulement, outre la qualité de mâles et de majeurs, être *sujets du Roi, jouissant des droits civils* : différence que nous avons expliquée. Mais nous avons donné trop de créance à l'arrêt de la Cour d'appel de Turin, du 10 avril 1809, que nous avons cité, lequel avait jugé qu'un étranger, domicilié à Turin depuis plus de vingt ans, et qui y jouissait des droits civils, avait pu être témoin du testament.

M. Merlin, 17^e volume du Répertoire, au mot *Témoins instrumentaires*, § 2, n^o 3, a fait une forte dissertation contre cet arrêt. Il y démontre solidement qu'un étranger, quoique demeurant en France, qui ne peut être Français d'origine, qui ne pourrait en avoir les prérogatives que

par la naturalisation, n'a pas la qualité requise pour être témoin d'un testament. Il n'est pas *sujet du Roi*. Le titre de *sujet du Roi*, est un titre d'honneur. Le témoin doit l'avoir, parce qu'en cela il exerce une fonction publique. M. Merlin met en opposition à l'arrêt de la Cour d'appel de Turin, plusieurs autres arrêts de Cours royales, et notamment l'arrêt de la Cour de cassation, du 23 janvier 1811, que nous avons cité nous-mêmes, et dont nous n'avions pas apprécié tout l'effet qu'il doit avoir, d'après les idées dont nous étions alors préoccupés (1). Il est même à propos de mettre ici sous les yeux, l'espèce et le dispositif de cet arrêt, que nous nous étions contentés d'indiquer. On voit l'un et l'autre dans le Recueil de Denevers, et dans le Répertoire de M. Favard, au mot *Testament*, sect. 1^{re}, § 3, n° 6.

« Le 10 mars 1806, le testament du sieur Blary est reçu par deux notaires en présence de deux témoins. L'un des témoins était le sieur Favre, Suisse d'origine. — Les héritiers attaquent le testament, par le motif que ce témoin n'avait pas, comme étranger, la capacité nécessaire. — Les légataires ont répondu que le sieur Favre résidait en France depuis plusieurs années, s'y était marié, y avait formé un établissement de commerce, qu'il jouissait de tous les droits civils; que d'ailleurs les traités diplomati-

(1) Lorsque nous composions la première édition de notre *Traité*, ce qui était en 1805 et 1806, on ne s'était pas généralement formé des idées nettes et précises sur la question dont il s'agit. La comparaison des termes de l'art. 40 de l'ordonnance de 1735, avec ceux du Code civil, qui ne sont pas les mêmes, fournissait matière aux doutes. Il y avait eu des formes établies sous la révolution, afin d'acquérir le droit de citoyen français, c'est-à-dire, les droits politiques, qui ne laissaient pas de répandre quelque obscurité sur la distinction de ce droit d'avec celui de Français simplement. On voit dans un arrêt de la Cour royale de Bourges, du 19 août 1824, rapporté par M. Dalloz, vol. 25, 2^e partie, page 62, que cette Cour déclara, relativement à une vente qui était attaquée sur le fondement de l'incapacité d'un des témoins, parce qu'il ne s'était pas fait inscrire sur le *registre civique*, que cette formalité est tombée en désuétude. Tout cela faisait naître des difficultés, qui ont été applanies par les réflexions ultérieures et par la jurisprudence des arrêts. Aussi remarque-t-on des traces de ces difficultés dans l'arrêt de la Cour d'appel de Turin.

ques assuraient aux Suisses tous les privilèges des sujets de l'État. — Le 5^o août 1808, jugement du tribunal de première instance de Nantes, qui déclare le testament nul ; et sur l'appel, arrêt confirmatif, du 11 août 1809, motivé sur ce que le sieur Favre, admis à jouir des droits civils en France, n'est pas naturalisé Français ou sujet du Roi, comme le veut l'art. 980 du Code. — Recours en cassation de la part des héritiers institués ; et, par arrêt du 23 janvier 1811, au rapport de M. Lombard,

« Vu l'art. 3 de la Constitution de l'an 8, et les art. 971, 980 et 1001 du Code,

» Attendu qu'en jugeant que David Favre, Suisse d'origine, n'ayant point déclaré son intention de vouloir fixer son domicile en France, où il n'a pas même résidé pendant dix ans, n'était pas sujet du Roi (1) ; et en annulant le testament de Jean-Louis Blary, parce que ledit Favre y a été l'un des deux témoins appelés, la Cour d'appel de Rennes a fait une juste application de l'art. 3 de la Constitution de l'an 8, et des articles 971, 980 et 1001 du Code civil : — La Cour rejette..... »

Ainsi la question se simplifie infiniment, et tout revient à ce résumé de M. Merlin : « Tenons donc pour bien constant que l'article 980 du Code civil, en n'admettant à la fonction de témoins testamentaires que les *sujets du Roi*, en exclut les étrangers, n'importe qu'ils demeurent en France, ou qu'ils n'y demeurent pas. » M. Favard s'explique aussi en ces termes : « Ainsi il n'y a aucun doute que celui qui n'est pas *Français ou naturalisé Français*, ne peut être témoin dans un testament, encore bien que, comme étranger, il soit admis à *jouir des droits civils en France*. » Il avait dit auparavant que l'article 980 du Code exclut « ceux qui ne sont pas Français ou naturalisés Français ; car ceux qui ne le sont pas, peuvent bien être admis

(1) La première rédaction du Code portait *républicains* ; dans la deuxième, sous laquelle l'arrêt a été rendu, on substituait à ce mot, ceux de *sujets de l'Empereur* ; dans la troisième, il fut dit *sujets du Roi*, comme cela devait être. Nous croyons devoir suivre la troisième rédaction, sans considérer l'époque de l'arrêt.

par le Gouvernement à établir leur domicile en France, et à y jouir des droits civils, mais ils ne sont pas pour cela *sujets du Roi*. Ce titre n'appartient qu'aux Français d'origine, ou naturalisés. »

Mais le testament devrait-il être déclaré nul, si le témoin appelé était généralement regardé comme Français, sujet du Roi, sans l'être réellement, et si c'était par l'effet de cette erreur commune, et de bonne foi, qu'on lui eût fait exercer cette fonction. Nous traitons cette question au n° 256, auquel nous renvoyons.

Venant à la seconde question, nous avons dit que les témoins appelés pour les testaments, ne doivent pas être *domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé*, quoique cela soit exigé pour les actes en général, par l'art. 9 de la loi sur le notariat, et nous en avons donné les raisons. Nous ne pouvions pas nous fonder sur des arrêts, parce qu'alors il n'y en avait pas de connus; mais tout ce que nous avons dit sur cette question, doit demeurer pour vrai.

Cependant M. Favard, *loc. cit.*, n° 5, après avoir examiné la question, après avoir rapporté les différentes opinions qui s'étaient formées sur la manière de la décider, pense que les témoins appelés à un testament, doivent, à peine de nullité, être domiciliés dans l'arrondissement communal. Il se fonde sur ce que, dans le silence du Code sur le domicile des témoins testamentaires, ce point doit être réglé par la loi sur le notariat. Telle est encore l'opinion de M. Toullier, tome 5, n° 597.

On ne nous soupçonnera pas de manquer de déférence pour les opinions de ces deux auteurs; mais nous ne saurions être de leur avis. D'ailleurs, l'opinion que nous avons émise a été confirmée par une foule d'arrêts qui sont rapportés par M. Merlin, *loco citato*. Il y en a un de la Cour royale de Limoges, du 7 décembre 1809; deux de la Cour royale de Caen, des 19 août et 11 novembre 1812; un de la Cour royale de Douai, du 27 avril de la même année; un de la Cour royale de Paris, du 18 avril 1814; et un de la Cour royale de Rouen, du 16 novembre 1818.

Il paraîtrait que, dans des éditions précédentes du Répertoire, M. Merlin avait été d'avis que, pour les testamens, les témoins devaient être domiciliés dans l'arrondissement communal, par application de la loi sur le notariat; il dit que cela avait été ainsi jugé par un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles; mais il ajoute aussitôt : « Il faut cependant convenir que l'opinion contraire a prévalu dans la jurisprudence; » et c'est pour l'établir qu'il indique les arrêts que nous venons de citer, avec les sources où ils ont été puisés.

Il y a plus, M. Merlin dit que la Cour de Bruxelles est revenue à cette opinion, et qu'elle l'a consacrée par deux arrêts qu'elle a rendus; l'un, comme Cour d'appel, l'autre, comme Cour de cassation. Il rapporte l'espèce et les deux arrêts, dont l'un est du 5 juin 1816, l'autre, du 19 février 1819. Nous croyons qu'il serait inutile de les faire transcrire ici, dès qu'on peut les voir dans le Répertoire; mais nous faisons observer que ces deux arrêts sont remarquables par le soin qui a été porté à leur rédaction, et par la solidité des raisonnemens et des principes qui en font la base.]

Les légataires, leurs parens et les clercs des notaires, ne peuvent être témoins. — Quid, des individus appelés à profiter d'une charge de l'hérédité exprimée dans le testament. — Exemples.

248. La loi établit d'autres règles essentielles sur la qualité des témoins; elle exclut les légataires à quelque titre qu'ils soient, leurs parens ou alliés, jusqu'au quatrième degré inclusivement, et les clercs des notaires qui auront reçu le testament. Art. 975.

La loi, en disant, *les légataires à quelque titre qu'ils soient*, a évidemment compris tous légataires quelconques, soit *universels*, soit à *titre universel*, soit enfin à *titre singulier*, suivant les définitions contenues dans les sections 4, 5 et 6 du chapitre 5 du titre *des donations et testamens*; et il est bien entendu que la prohibition serait la même, quand la disposition serait faite sous le titre *d'institution d'héritier*.

On doit remarquer cependant qu'il est des cas où l'individu qui, lors du décès du testateur, est appelé à profiter d'une charge de l'hérédité exprimée dans le testament, n'en avait pas moins la capacité d'être témoin dans ce même testament. Voici deux de ces cas qui se sont présentés à la Cour de cassation.

Sur la fin de l'an 11, la veuve *Cornette* fit un testament public, par lequel elle chargea ceux qu'elle instituait ses légataires universels, de donner et payer, dans les huit jours de son décès, *au ministre qui exercerait le culte catholique dans la commune de Niévil, la somme de 60 fr., pour être employée en prières pour le repos de son âme.* Après le décès de la testatrice, ses héritiers ont demandé la nullité du testament, sur le fondement que le sieur *Ducluzeau*, prêtre, l'un des témoins signataires, étant, lors de la confection du testament et au moment du décès de la testatrice, desservant de la commune de Niévil, devait être réputé légataire des 60 fr. destinés à des prières pour le repos de l'âme de la testatrice. Le tribunal civil de Confolens et la Cour royale de Bordeaux ont, en effet, déclaré nul le testament de la veuve Cornette.

Mais sur le pourvoi en cassation, l'arrêt de la Cour royale de Bordeaux a été cassé, par deux motifs principaux. La Cour de cassation a considéré, 1° que la clause du testament de la veuve Cornette ne constituait ni un legs, ni une libéralité quelconque, mais seulement une charge de l'hérédité; 2° que le prêtre Ducluzeau, dans le testament où il avait été témoin, n'était point désigné par son nom, ni par aucun autre indice personnel, pour être celui auquel la testatrice voulait faire payer la somme de 60 fr.; que si la testatrice voulut choisir, pour acquitter les prières destinées au repos de son âme, *le ministre qui exercerait le culte catholique dans la commune de Niévil, dans les huit jours de son décès*, il n'en résultait pas que la testatrice eût, par cette disposition, désigné le prêtre Ducluzeau, plutôt que tout autre qui aurait pu se trouver exerçant le culte dans la commune de Niévil, au moment de son décès, étant d'ailleurs établi que le prêtre Ducluzeau n'avait eu l'institution

et la possession de cette succursale que six mois après la mort de la testatrice ; qu'ainsi il n'y avait eu véritablement ni legs proprement dit, ni légataire personnellement désigné dans la disposition testamentaire dont il s'agissait ; d'où il suivait que le prêtre Ducluzeau n'avait pu être considéré comme légataire dans le testament qu'il avait signé en qualité de témoin. L'arrêt de la Cour de cassation, qui est en date du 11 septembre 1809, est rapporté dans le Recueil de Denevers, vol. de 1809, page 367.

La Cour de cassation a appliqué les mêmes principes dans la seconde espèce que j'ai annoncée. Le sieur *Tilsman* fit un testament, par lequel il institua une héritière universelle, « à la charge, porte le testament, de donner à chacun » des quatre ouvriers de la ferme où je réside, qui y » seront employés au jour de ma mort, quatre mesures » de seigle, et pour les quatre, seize mesures. » Deux des témoins du testament étaient *Gilles Debroux* et *Joseph Laudrin*, qui lors de la confection, comme lors du décès du testateur, étaient ouvriers de la ferme où celui-ci résidait. Le testament étant argué de nullité à raison de cette circonstance, un jugement du tribunal civil de Liège l'a déclaré nul. Sur l'appel en la Cour de Liège, la décision de premiers juges a été infirmée, et le pourvoi contre l'arrêt de cette Cour a été rejeté, sur les conclusions conformes de M. le procureur-général Merlin. L'usage était, dans la contrée où avait été fait le testament du sieur *Tilsman*, de charger les ouvriers de chaque ferme de porter en terre le cadavre de leur maître, fermier ou propriétaire ; en conséquence le legs fait par le sieur *Tilsman* devait moins être considéré comme un legs proprement dit, que comme une charge d'hérédité, qui faisait partie des premiers frais funéraires. Tels sont les motifs qui ont déterminé les arrêts de la Cour d'appel de Liège et de la Cour de cassation. On voit ces arrêts dans le Recueil de Denevers, vol. de 1810, pag. 84.

Des cas où le testament contiendrait un legs au profit des notaires ou de leurs parens, et où des parens des légataires seraient pris pour témoins. — Le testament serait-il nul pour le tout? Ancienne jurisprudence sur cette question, et motifs de décision pour l'affirmative. — Remarque sur la détermination des degrés de parenté d'entre le notaire et les légataires, et d'entre les légataires et les témoins.

249. Le Code civil ne s'explique point sur le cas où le testament contiendrait une disposition au profit du notaire qui reçoit le testament, ou de l'un des deux qui le recevraient. On sent l'affinité qu'il y a entre ce cas et celui du legs fait à l'un des témoins. On a encore élevé la question de savoir si le legs devait seul être nul, ou si le testament devait l'être en entier. Ces questions sont sans doute assez importantes, pour qu'on se forme à ce sujet des idées précises.

Le droit romain avait varié à ce sujet. La loi 1^{re}, ff. de *lege Cornelia*, § 8, annulait le legs fait à celui qui aurait écrit le testament, et elle voulait qu'il fût regardé comme coupable de faux, à moins que le testateur n'eût spécialement approuvé le legs en ces termes, *quod illi dictavi et recognovi*. Mais la loi 22, au Code de *testamentis*, suppose qu'on pouvait faire des legs à ceux qui auraient écrit le testament, ainsi qu'aux témoins. Cependant l'héritier institué n'avait jamais pu être témoin, à peine de nullité du testament. On sait que dans le droit romain l'institution d'un héritier était le fondement du testament; et si dans la suite les témoins pouvaient être légataires, c'est parce qu'on pensa qu'un héritier institué ne pouvait pas être admis à leur contester des legs faits par un testament qui faisait son propre titre.

Les Coutumes n'admettaient pas la validité du legs fait au notaire ou aux témoins; mais les unes en faisaient résulter la nullité du testament en entier, les autres prononçaient seulement la nullité du legs. Ainsi, par exemple, suivant l'art. 289 de la Coutume de Paris, le testament

n'aurait pas été réputé solennel, et par conséquent il aurait été nul, s'il eût contenu un legs en faveur d'un des témoins : mais il n'y est rien dit relativement au legs qui aurait été fait au notaire. Au contraire, d'après l'article 49 du titre 12 de la Coutume d'Auvergne, les legs faits au notaire ou aux témoins auraient été nuls, mais le testament aurait eu son effet pour les autres dispositions.

L'ordonnance de 1735 ne fit pas cesser toutes ces difficultés. Il résulta bien de l'article 43, combiné surtout avec l'article 47, que le testament était nul si un des témoins était institué héritier ou légataire ; mais cette loi ne s'expliqua pas sur le legs fait au notaire. De ce silence on concluait que dans les Coutumes qui étaient conçues comme celle d'Auvergne, le legs fait aux témoins devait bien vicier tout le testament, mais qu'il n'en était pas de même du legs fait au notaire ; que le legs seul était nul. *La Coutume*, disait Chabrol sur l'article que je viens de citer, *conserve à cet égard sa première autorité : or, elle ne déclarait nul que le legs particulier fait au notaire, et non le testament lui-même*. Cette opinion n'était cependant pas sans difficulté ; car en entrant dans l'esprit de l'ordonnance, qui dérogeait à la Coutume, on aurait pu dire très-raisonnablement qu'un legs fait au notaire, qui a sur l'acte une plus grande influence qu'un témoin, devait à plus forte raison avoir l'effet que la loi attribuait au legs fait à un des témoins. Aussi Ferrières, qui écrivait avant l'ordonnance de 1735, faisait le même raisonnement relativement à la disposition de la Coutume de Paris, qui annulait le testament à raison du legs fait au témoin. Il disait sur l'article 289, n° 19, que la disposition de la Coutume devait être étendue aux notaires, quoiqu'elle eût gardé là dessus le silence.

Le Code civil n'est pas allé plus loin que l'ordonnance de 1735. Il résulte bien de l'art. 975, en le combinant surtout avec l'art. 1001, que le testament serait nul s'il contenait un legs en faveur d'un des témoins, ou si l'on avait pris pour témoins les parens ou alliés des légataires jusqu'au quatrième degré inclusivement, même quoique

les légataires fussent à titre particulier, ainsi que l'a jugé, dans ce dernier cas, la Cour royale de Riom, par arrêt du 26 décembre 1809, rapporté dans le Recueil de Denevers, vol. de 1810, pag. 167 du *Supplément*, et dans le Recueil de jurisprudence du Code civil, tom. 16, pag. 5. Mais le Code civil garde le silence sur le cas où le testament contiendrait un legs en faveur du notaire.

Je crois que dans ce cas, comme dans ceux que je viens d'indiquer, on doit se décider sans difficulté, non-seulement pour la nullité du legs, mais encore pour la nullité du testament.

Quand il n'y aurait sur ce point de législation d'autre disposition que celle de l'article 975 du Code civil, cette disposition suffirait pour qu'il en résultât la nullité du testament. On devrait nécessairement appliquer, et même à plus forte raison, la disposition de la loi relative au cas du legs fait à un des témoins, à celui du legs fait aux notaires, ou à l'un d'eux. Un notaire ne peut être témoin essentiel de la loi dans sa propre affaire : *Nemo potest esse autor in rem suam*. Lois 1^{re} et 5, ff. de auct. et consil. tut. *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur*. Loi 10, ff. de testibus; loi 9, au Code, eod. Ces maximes de tous les temps, qui sont l'expression de la raison, réclameraient toujours contre la validité de tout le testament. La suspicion du notaire détruit toute confiance pour tout ce qui y est contenu.

Mais la nullité du testament, dans ce cas, se puise dans l'article 8 de la loi relative au notariat, qui est ainsi conçu : « Les notaires ne pourront recevoir des actes dans lesquels leurs parens ou alliés en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties, ou qui contiendraient quelques dispositions en leur faveur. » La contravention à cet article emporte la nullité de l'acte, d'après l'article 68 de la même loi.

J'ai vu prétendre que ces mots *en leur faveur* ne se rapportaient pas aux notaires, mais bien à leurs parens ou alliés aux degrés déterminés par cet article.

Mais cette prétention ne me paraît pas fondée ; elle est contraire aux règles grammaticales. Si le premier pronom *leurs* se rapporte aux notaires, il en est de même du second *leur* qui a le même régime. S'il en était autrement, cet article aurait dit deux fois la même chose en ce qui concerne les parens ou alliés des notaires ; car ces mots, *des actes dans lesquels leurs parens ou alliés seraient parties*, comprennent, dans le sens de la loi, les testamens comme les autres actes, quoique les légataires ne soient pas, à proprement parler, parties dans les testamens. Cet article a donc deux dispositions, l'une qui regarde les parens ou alliés du notaire, l'autre qui le concerne personnellement ; et c'est sans doute parce que cet article contenait une législation sur le cas des dispositions faites en faveur des notaires, par tous actes quelconques, que le Code civil ne s'en est pas expliqué en parlant soit des testamens, soit des donations.

On doit donc regarder comme constant qu'un testament fait par acte public serait nul, 1^o si le testament contenait un legs au profit des notaires ou de l'un d'eux ; 2^o s'il en contenait un au profit de leurs parens ou alliés, en ligne directe à tous degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement ; 5^o si l'on prenait pour témoins du testament, soit les légataires, soit les parens ou alliés de ces légataires jusqu'au quatrième degré inclusivement.

On remarque que la détermination des degrés de parenté ou alliance d'entre le notaire et les légataires, n'est pas la même que celle des degrés de parenté ou alliance entre les légataires et les témoins. Il n'y a point de contradiction : la différence a pu être basée sur ce que l'influence du notaire parent des légataires, et celle des témoins parens de ces mêmes légataires, ont paru n'avoir pas le même degré de force, et devoir être graduées. Aussi la même différence existe-t-elle sous le rapport de la parenté du notaire avec les témoins, et de celle des témoins avec les légataires, puisque l'art. 10 de la loi relative au notariat, qui s'explique pour le cas de la parenté des témoins, soit avec le no-

taire, soit avec les parties contractantes (ce qui s'applique au testateur lorsqu'il s'agit d'un testament), rejette, en s'en référant à l'art. 8, les témoins qui seraient parens ou alliés des uns et des autres *en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement*, tandis qu'aux termes de l'art. 973 du Code, les parens ou alliés des légataires sont rejetés comme témoins, seulement *jusqu'au quatrième degré inclusivement*. On sent qu'on doit suivre les différences marquées par la loi, et qu'on ne doit point y ajouter.

Autres remarques. — De la parenté des notaires avec le testateur.

250. Il faut remarquer encore des faits de parenté sous d'autres rapports.

Je m'occuperai d'abord de la parenté des notaires ou de l'un d'eux avec le testateur.

Le Code civil ne disant rien à ce sujet, il faut s'en référer à l'art. 8 de la loi sur le notariat, duquel il résulte que si les notaires, ou l'un d'eux, étaient parens ou alliés du testateur en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, le testament serait nul.

A la vérité, il est parlé dans cet article des actes dans lesquels les parens ou alliés des notaires au degré qui y est déterminé, *seraient parties*. Ces expressions supposent un contrat, et l'on peut dire qu'un testament n'est pas un contrat.

Mais l'article ne reçoit pas moins son application au cas de parenté des notaires avec le testateur : le testateur est la seule *partie* du testament, dans le sens de la loi. D'ailleurs, le législateur, en s'expliquant sur les testamens, n'ayant pas rappelé ce cas de parenté, on ne peut douter qu'il n'ait regardé cet art. 8 comme une loi générale, qui s'applique aux testamens comme aux autres actes. On ne doit pas présumer qu'il eût voulu garder le silence sur ce cas de parenté, qui, sous l'ancienne législation, était l'objet de plusieurs réglemens que je crois inutile de rappeler.

De la parenté des notaires concourrant au même testament.

251. A l'égard de la parenté respective d'entre les notaires qui concourraient au même testament, le législateur ne s'en étant pas expliqué en s'occupant des testaments, ce cas rentre dans la règle générale prescrite pour tous les actes, par l'article 10 de la loi relative au notariat. Il résulte de cet article que deux notaires parens ou alliés en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, ne peuvent concourir au même acte, et dans le cas de ce concours le testament serait nul.

De la parenté des témoins entre eux.

252. Quant à la parenté respective d'entre les témoins, le législateur n'a prononcé nulle part une prohibition à ce sujet. Rien n'empêche donc les notaires de prendre pour témoins des personnes de la même famille, et qui demeureraient dans la même maison, à l'égard desquels il n'y aurait d'ailleurs aucune incapacité; et c'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, du 25 mars 1806, rapporté dans le Recueil de jurisprudence du Code, tome 7, page 76. Cet arrêt, en infirmant un jugement du tribunal civil de Nivelles, a rejeté la demande en nullité d'un testament, fondée sur ce que deux témoins étaient frères. Cet arrêt est motivé sur le silence de la loi du 25 ventôse an 11, et de celle qui établit les formes du testament, c'est-à-dire, du Code civil.

Il n'eût peut-être pas été déraisonnable de désirer qu'il y eût eu, sur la parenté respective des témoins, la même prohibition établie par la loi sur la parenté respective des notaires. On sent que, dans le cas où il y aurait quelque violation des formes exigées par la loi, on ne devrait regarder que comme un seul témoignage tous ceux des témoins qui se tiendraient par la parenté la plus rapprochée.

Mais ni le Code, ni la dernière loi sur le notariat, ni celle du 6 octobre 1791, relative aussi au notariat, ainsi

qu'aucune loi ancienne qu'on connaisse, n'ont de dispositions à ce sujet.

Un ancien arrêt de règlement du parlement de Paris, du 22 mai 1550, faisait défenses aux notaires d'instrumenter le père avec le fils, le frère avec le frère, l'oncle avec le neveu, le beau-père avec son gendre; et quelques jurisconsultes faisaient l'application de cet arrêt au cas de la parenté respective des témoins, comme à celui de la parenté respective des notaires.

Mais cet arrêt ne prononçant pas la peine de nullité, elle n'avait pas lieu. Ricard, partie 1^{re}, n° 1595, en fait l'observation. Il dit que cette circonstance ne pourrait être un motif pour faire annuler le testament. Il ajoute ce qu'il avait déjà dit au n° 1536, qu'au contraire la loi *Testium*, ff. de testam., et le § *pater*, instit. de testam. ordin., avaient établi que la proximité des personnes n'empêchait pas qu'elles ne pussent servir conjointement de témoins dans un même testament : *Quia nihil nocet ex una domo plures alieno negotio adhiberi*. Mais ce qui est digne de remarque, c'est ce que dit ce judicieux auteur, qu'il estime que si cette circonstance se rencontrait dans un testament, elle pourrait servir de quelque présomption, pour en articuler la fausseté ou la suggestion.

On ne peut donc présenter à ce sujet qu'un avis, et non une règle qui puisse donner lieu à une nullité.

Des personnes qui demeurent chez le notaire.

253. Le notaire peut prendre pour témoins des personnes qui habiteraient la même maison que lui, qui demeureraient même chez lui, mais qui ne seraient ni ses *clerks* ni ses *serviteurs*. C'est pour ne pas trop étendre la prohibition, que, dans l'art. 10 de la loi sur le notariat, le législateur la fait porter seulement sur les *clerks* et les *serviteurs*, tandis qu'il était dit dans l'art. 42 de l'ordonnance de 1755, les *clerks*, *serviteurs* OU DOMESTIQUES. On a craint qu'en employant ces mots, ou *domestiques*, on en abusât pour comprendre dans la prohibition les personnes qui demeureraient seulement dans la maison du notaire ou chez lui,

sans être à ses gages, ou sans lui être subordonnées, de manière à les faire regarder comme *ses serviteurs*.

Mais on sent combien, sur ce point, les notaires doivent être attentifs, pour ne pas employer comme témoins des personnes qui habitent dans leur maison ou chez eux, et que, sous quelques rapports, on pourrait assimiler à des personnes subordonnées, à des personnes à gages, en un mot à des *serviteurs*.

[*Cas particuliers sur cette question.*]

[253 bis. La loi n'ayant pas déterminé les caractères auxquels on pourrait reconnaître la profession de clerc de notaire, et cette détermination devenant même difficile, il n'est pas étonnant qu'il se soit présenté des difficultés à ce sujet. Nous devons faire connaître un arrêt de la Cour royale d'Agen, du 18 août 1824, qui peut donner des notions propres à guider, selon les circonstances qui se présenteraient : il est rapporté par M. Dalloz, tome 25, 2^e part., pag. 66. On ne peut s'en former une idée juste, qu'en connaissant l'espèce et les circonstances ; et elles sont rapportées avec précision par l'auteur du Journal.

Le 13 juillet 1816, M. Bladé, notaire à Lectoure, reçut le testament de Joseph Gavarret. — Les héritiers naturels attaquèrent ce testament, par le motif que Joseph Cazanove, l'un des témoins, était clerc du notaire. Ils rapportaient des expéditions d'actes retenus par M^e Bladé, qui étaient écrites par Cazanove ; mais en même temps ils produisaient une délibération de la chambre de discipline des notaires, constatant qu'en 1807, et après six années d'étude chez M^e Bladé, il avait obtenu un certificat de capacité.

Par jugement de 3 août 1821, le tribunal de Lectoure maintint le testament, en considérant que depuis 1808, Cazanove avait été successivement et sans interruption commis-greffier de la justice de paix de Lectoure, secrétaire de l'administration de l'hospice, et secrétaire en chef de la sous-préfecture, et qu'il était dès lors impossible de le considérer comme clerc en 1816.

Appel de la part des héritiers. Ils ont soutenu que, pour

être clerc, il n'est pas nécessaire de travailler exclusivement chez un notaire; qu'il suffit qu'on y travaille habituellement, et que Cazanove, malgré ses autres occupations, avait continué à être clerc de M^e Bladé : ils rapportaient des lettres et expéditions écrites par lui; ils proposaient de plus un compulsoire dans l'étude de M^e Bladé.

Le légataire faisait valoir les faits retenus par les premiers juges; il ajoutait que si, depuis sa nomination aux fonctions de secrétaire de la sous-préfecture, Cazanove avait fait des écritures pour M^e Bladé, elles ne pouvaient être considérées que comme un office d'ami, qui pouvait d'autant moins constituer la qualité de clerc, qu'on ne justifiait pas que Cazanove reçut une rétribution quelconque.

L'arrêt fut ainsi prononcé : — « Attendu que, lorsqu'il serait justifié qu'un individu a fait des écritures dans l'étude d'un notaire, cela ne le constituerait pas nécessairement clerc de ce notaire; d'où il suit que le compulsoire serait sans objet, et ne prouverait rien dans l'hypothèse, pour constituer ledit Cazanove clerc du notaire rétenteur du testament, lorsqu'il a été fait. — Adoptant, au surplus, les motifs des premiers juges; — Sans s'arrêter à la demande en compulsoire, met l'appel au néant; ordonne, en conséquence, que le jugement dont est appel sortira son effet. »

Au bas de cet arrêt, M. Dalloz a fait des observations utiles. On y voit même des notions qui font connaître d'autres arrêts. Il dit avec beaucoup de sens, à notre avis, que, d'après le silence de la loi sur ce qui peut constituer particulièrement la profession de clerc de notaire, c'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier les circonstances d'où l'on peut induire qu'un témoin a la qualité de clerc; c'est alors, ajoute-t-il, que, par un arrêt du 20 mars 1811, qui a une grande analogie avec l'espèce actuelle, la Cour de Bruxelles a décidé qu'on ne peut considérer comme clerc celui qui travaille sans salaire, comme aspirant au notariat, et qui se livre à des occupations étrangères au notariat. Cependant il fait observer que la même

Cour avait jugé, le 12 avril 1810, que l'individu qui travaille habituellement dans l'étude d'un notaire, peut être réputé clerc, et déclaré incapable de concourir, comme témoin, à la confection d'un acte civil. Il cite les sources où l'on peut vérifier ces arrêts.

Enfin, M. Dalloz fait à ce sujet une autre observation intéressante, et qu'on ne peut qu'approuver. M. l'avocat général qui avait porté la parole lors de l'arrêt de la Cour d'Agen, avait pensé que l'on ne doit considérer comme clerc, que celui qui travaille habituellement chez un notaire, *moyennant une rétribution*. Or, comme M. Dalloz, nous pensons que cette opinion est trop absolue, et qu'elle pourrait induire en erreur. A Paris, par exemple, dit M. Dalloz, il n'y a ordinairement, dans chaque étude, que trois ou quatre clercs qui reçoivent une rétribution; les autres ne sont pas payés; ils aspirent à l'être à leur tour. M. Dalloz a sans doute voulu conclure que ces derniers seraient aussi incapables que les autres de servir de témoins au testament. Il n'y a rien de plus vrai; anciennement, surtout en province, il y avait peu de clercs de notaire qui reçussent une rétribution: ils y travaillaient uniquement pour leur instruction. Ils n'étaient pas moins clercs de notaire, dans la force du mot; et les notaires instruits et soigneux ne les employaient jamais comme témoins, au moins pour les testamens. Ce que nous venons de dire rentre dans ce qui a été jugé par l'arrêt de la Cour de Bruxelles, du 12 avril 1810, qui est ci-dessus indiqué.]

Autres observations sur la qualité des témoins. — De l'interdit, de l'exécuteur testamentaire, et autres.

254. Il peut se présenter encore des cas sur lesquels la loi ne s'est point expliquée, et dans lesquels le sort d'un testament pourrait être compromis, à raison de la qualité des témoins qui seraient appelés, quoiqu'ils eussent d'ailleurs les qualités requises par l'art. 980, c'est-à-dire, qu'ils fussent mâles, majeurs, sujets du Roi, jouissant des droits civils.

Il y a des personnes qui, par leur état physique, doi-

vent être réputées dans l'impossibilité de rien comprendre et de rien attester, telles qu'un interdit, ce qui ne peut avoir lieu actuellement que pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur, un muet, un sourd-muet. On doit en dire autant d'un aveugle, qui, quoiqu'il ait pu entendre, pourrait être surpris, n'ayant pu voir ce qui se passait.

Il y en a d'autres dont le témoignage donnerait lieu à des difficultés pour cause de suspicion, tels que l'exécuteur testamentaire, même quoiqu'il ne soit pas légataire, le tuteur d'un des légataires, ou celui même qui serait nommé tuteur par le testament. On voit, dans les livres de jurisprudence, que ces derniers cas ont été des sujets de contestation sur la validité des testamens, et les notaires sentiront aisément combien il est prudent de les éviter.

De ceux qui n'entendent pas la langue en laquelle le testament a été écrit et rédigé. — Les testamens doivent être écrits en français. — Restriction à l'égard des pays réunis, et de l'île de Corse.

235. Les témoins doivent entendre la langue en laquelle le testament a été dicté et rédigé; celui qui n'a pu entendre ni ce qui a été dit, ni ce qui a été lu, n'a certainement pu le comprendre, et être en état d'en rendre compte. On sent qu'il en est de même, et à plus forte raison, du testateur. Il ne peut avoir dicté un testament en une langue qu'il ne connaît pas.

M. le président Malleville dit, tome 2, page 439, que *suivant la loi du.....* (l'auteur a laissé la date en blanc) *tous les testamens doivent être écrits en français.*

Comme on ne connaît point de loi nouvelle qui ait cette disposition, on doit présumer que ce magistrat a voulu parler de l'article 111 de l'ordonnance de 1539, rendue par François I^{er}, qui, en s'expliquant ainsi pour tous les actes et les jugemens, y comprend les *testamens*; mais il est sensible que cette loi ne peut concerner que le territoire de l'ancienne France.

Quant aux pays qui, depuis quelques années, y ont

été réunis, on sent aisément que cette loi ne s'y applique pas. Un arrêté du Gouvernement, du 24 prairial an 11, bulletin 292, n° 2881, porte, art. 1^{er}, que dans un an, à compter de sa publication, les actes publics, dans les départemens de la ci-devant Belgique, dans ceux de la rive gauche du Rhin, et dans ceux du Tanaro, du Pô, de Marengo, de la Stura, de la Sesia et de la Doire, et dans les autres où l'usage de dresser des actes dans la langue de ces pays se serait maintenu, devront tous être écrits en langue française.

Il est ajouté, dans l'article 2, que néanmoins les officiers publics dans les pays énoncés au précédent article, pourront écrire à mi-marge de la minute française, la traduction en idiome du pays, lorsqu'ils en seront requis par les parties.

Par un décret du 19 ventôse an 13, bulletin 36, n° 601, il est sursis, dans l'île de Corse, à l'exécution de cet arrêté du 24 prairial an 11, jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné. Il est dit, dans l'article 2, que cette surséance n'aura néanmoins lieu qu'à l'égard des notaires, juges de paix, greffiers et officiers de l'île de Corse, qui sont actuellement en exercice, et sous la condition qu'aucun candidat ne pourra être admis, à l'avenir, à l'exercice des fonctions de ces officiers, sans avoir préalablement justifié de sa connaissance de la langue française, et de sa facilité à rédiger dans cette langue.

Des dispositions de cet arrêté et de ce décret, il résulte que la rédaction des actes en langue française, dans les pays nouvellement réunis à l'ancien territoire français, est un objet purement réglementaire et d'ordre public, soumis à la surveillance du Gouvernement, qui veut, avec raison, propager l'usage de la langue française, afin de rendre uniforme la rédaction des actes publics; que le Gouvernement peut, dans sa sagesse, exiger plus ou moins rigoureusement l'exécution de ses décrets, et abréger ou prolonger, selon les circonstances, le temps auquel ils doivent être exécutés. Mais, quoi qu'il en soit sur cette exécution, il ne peut y avoir lieu à la nullité des actes, et surtout des testa-

mens. Les décrets ne la prononcent pas, et on ne peut suppléer une nullité qu'aucune loi ne prononce. Le Gouvernement entend sans doute que les personnes qui ne connaissent que la langue primitive de leur pays, ne soient pas pour cela privées de la faculté de tester; ce qui arriverait souvent, si les testamens devaient nécessairement être dictés en langue française.

Après m'être ainsi expliqué dans la première édition de ce Traité, j'ai remarqué dans le Recueil de Denevers, volume de 1807, page 20 du *Supplément*, et dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 301 du 7^e volume, deux lettres de Son Excell. le grand-juge, ministre de la justice, en date des 4 et 29 thermidor an 12, sur l'exécution de l'arrêté du 24 prairial an 11, relativement aux testamens. Ces lettres sont adressées, l'une à M. le procureur général près la Cour d'appel de Bruxelles, et l'autre aux notaires composant la chambre de discipline de l'arrondissement de la même ville. La première est ainsi conçue :

« Le Gouvernement a expressément ordonné, Monsieur,
 » que l'arrêté du 24 prairial an 11 serait exécuté; ainsi
 » toute observation contraire est absolument superflue.
 » Au surplus, la loi ne met aucun obstacle à l'exécution
 » de cet arrêté : lorsqu'elle dit, art. 972, que le testateur
 » dictera son testament, elle ne dit point que ce sera en
 » français. On ne peut forcer quelqu'un de parler une
 » langue qu'il ne sait point : le notaire est seulement tenu
 » de rédiger le testament en langue française. Rien n'em-
 » pêche d'ailleurs qu'il n'en fasse une traduction en fla-
 » mand à mi-marge; l'arrêté même du 24 prairial an 11
 » l'y autorise, article 2; mais cette traduction n'aura pas
 » l'authenticité de la rédaction française. »

Des termes de cette lettre, il se tire évidemment la conséquence que le testament doit être écrit par le notaire en français, et que, quoique le testateur ne connût pas la langue française, le testament ne pourrait être attaqué sous le prétexte qu'il n'a pas été écrit tel qu'il a été dicté. C'est aussi ce qui a été jugé par deux arrêts de la Cour d'appel de Liège, des 28 juillet et 24 novembre 1806, rapportés

dans le Recueil de Denevers, volume de 1807, page 19 du *Supplément*, et dans le Recueil de jurisprudence du Code, pages 297 du 7^e volume, et 60 du 8^e. Voici la première espèce, sur laquelle est intervenu un arrêt de la Cour de cassation.

Le 13 brumaire an 14, Marie-Joséphine *Schenis* avait fait son testament public. L'acte commençait ainsi « Par-
» devant, etc.,... fut présente, etc.,... laquelle craignant
» d'être prévenue par la mort, a requis nous notaire de re-
» cevoir son testament et ordonnance de dernière volonté,
» qu'elle nous a dicté, en présence des témoins, *en sa*
» *langue naturelle allemande*, ainsi et de la manière
» comme le testament a été écrit de la main de nous l'un
» des notaires, savoir, par moi *Quirini*, ainsi qu'il suit en
» français. »

L'acte était ainsi terminé : « Le présent testament a été,
» comme dit est ci-dessus, dicté par la susdite testatrice, et
» écrit par moi *Quirini*, et ensuite lu, à haute et intelli-
» gible voix, par moi *Quirini* à la testatrice, le tout, mon
» confrère présent, ainsi qu'en présence des susdits té-
» moins, en la présence desquels et de mon susdit confrère,
» je, notaire *Quirini*, ai en même temps donné à ladite
» testatrice l'interprétation de ce présent testament en lan-
» gue *allemande*; et à ladite testatrice déclaré de l'avoir bien
» entendu, etc. »

Ce testament ayant été attaqué comme ayant été écrit *en français*, quoique dicté *en allemand*, le tribunal civil d'Aix-la-Chapelle et la Cour d'appel de Liège ordonnèrent qu'il serait exécuté. Par arrêt du 4 mai 1807, qu'on voit dans le Recueil de Denevers, volume de 1807, page 224, et dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 411 du 8^e volume, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Liège, « attendu que l'arrêté du 24 prairial an
» 11, porte qu'un an après sa publication, les actes publics
» dans les départemens de la ci-devant Belgique, et dans
» ceux de la rive gauche du Rhin, devront tous être écrits
» en langue française; attendu que de cette obligation pres-
» crite sans distinction d'aucune espèce d'acte, il suit que

» foi doit être ajoutée aux testamens écrits en français par
» les notaires qui les reçoivent dans ces départemens,
» même lorsque ces testamens sont dictés par des habitans
» qui ignorent la langue française : attendu d'ailleurs que
» toutes les formalités prescrites par le Code civil ont été
» remplies dans le testament dont la validité est prononcée
» par l'arrêt attaqué. »

La Cour d'appel de Trèves a rendu, le 10 juin 1807, un arrêt dans le même sens. Il s'agissait d'un testament dont les dispositions avaient été écrites en allemand, avec le texte français à mi-marge ; mais le commencement et la fin de l'acte, qui renfermaient les mentions des formalités prescrites, avaient été écrits en français seulement. Ce testament a été déclaré valable, comme remplissant le vœu de l'article 972 du Code civil, et des dispositions de l'arrêt du 24 prairial an 11. L'arrêt de la Cour d'appel de Trèves est rapporté dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 130 du 10^e volume.

Il est bien constant maintenant qu'un testament dicté en langue étrangère et écrit en français, doit recevoir son exécution.

Mais que devrait-on décider, 1^o si le testament dicté en langue étrangère avait été écrit dans la même langue, avec une traduction française, à mi-marge ; 2^o si le testament dicté en langue étrangère, avait été écrit en français, et si les témoins n'entendaient pas la langue française ?

Pour le premier cas, il semble, d'après ce que j'ai dit plus haut, qu'il ne pourrait y avoir lieu à la nullité du testament. Sans contredit les notaires doivent s'attacher à exécuter, même scrupuleusement, l'arrêt du 24 prairial an 11, et les décrets, et ils ne pourraient qu'être blâmés de ne pas s'y conformer. Mais il entre nécessairement dans la composition d'un ouvrage de doctrine en jurisprudence, de prévoir des erreurs ou des irrégularités. Il est donc permis de prévoir ce cas.

Or, s'il arrivait, j'aurais peine à croire que le testament dût être déclaré nul : la raison en est que l'arrêt du 24 prairial an 11, et les décrets sur cette matière, qui sont

principalement réglementaires, ne prononcent point la peine de nullité, et que dès lors les tribunaux ne peuvent la suppléer.

Quand au second cas, on sent aisément la difficulté. La présence des témoins au testament est surtout exigée pour attester que le notaire a rendu fidèlement les dispositions qui lui ont été dictées par le testateur. Or, pourrait-on dire, des témoins qui ignoreraient la langue française pourraient-ils donner cette certitude? Comment pourraient-ils offrir cette garantie si nécessaire dans les actes de dernière volonté?

Il serait à désirer que, sur ces deux points qui sont importants, on pût étayer une opinion sur une jurisprudence qui eût un caractère de certitude, et qui fût le résultat de plusieurs arrêts, et surtout de ceux de la Cour de cassation. Mais, en attendant, on peut s'aider d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles, sur chacune de ces questions.

Par un arrêt du 14 septembre 1808, rapporté dans le *Recueil de Denevers*, volume de 1810, p. 3 du *Supplément*, cette Cour a décidé qu'un testament, rédigé en flamand, et traduit à mi-marge en langue française, était valable.

Par un autre arrêt du 4 février 1809, cette même Cour a jugé que le testament rédigé en français était également valable, quoique les témoins ignorassent la langue française. Cet arrêt est rapporté dans le *Recueil de Denevers*, *ibidem*, page 4; on le trouve encore, ainsi que le précédent arrêt, dans le *Recueil de Jurisprudence du Code civil*, tom. 12, pag. 345 et 347.

[*Nouvelles observations. — Discussion d'arrêts.*]

[255 bis. Le vœu que nous avons émis n'a été qu'incomplètement rempli. Nous allons cependant rendre compte de la jurisprudence des arrêts, et de l'opinion des auteurs sur ces deux questions.

Et d'abord, sur la première, nous ne connaissons point d'autre arrêt que celui de la Cour de Bruxelles, déjà cité; mais deux jurisconsultes l'ont traitée, et ils ne sont point d'accord. M. Toullier, tome 5, page 446, n° 459, après

avoir hésité à se prononcer, a fini, dans le tome 8, n° 101, par adopter l'opinion que le testament qui ne serait pas écrit en français, devrait être déclaré nul. Il se fonde sur d'anciens édits et déclarations qui avaient textuellement prononcé cette nullité, et qui sont tous rapportés dans le Répertoire de M. Merlin, v° *Langue française*. Il pense que ces édits et déclarations n'ayant été abrogés formellement par aucune loi nouvelle, doivent aujourd'hui conserver tout leur effet. Mais M. Merlin (Questions de droit, 3^e édition, v° *Testament*, § 17, art. 3, à la note) prouve que ces lois anciennes, ou ne parlaient pas des actes notariés, ou n'avaient point reçu d'exécution, ou enfin n'étaient que purement locales et faites pour certains pays; qu'ainsi on ne peut les invoquer comme contenant une règle générale, ni les étendre à toute la France. M. Merlin fait ensuite remarquer qu'il est si peu dans l'esprit général du droit français d'annuler des testamens sous un tel prétexte, que le décret de la convention nationale, du 2 thermidor an 2, ne prononçait que la peine de l'emprisonnement et de la destitution contre le notaire qui aurait rédigé un acte public dans une autre langue qu'en français.

Nous partageons entièrement cette dernière opinion; elle nous paraît plus conforme à la saine interprétation de l'arrêté du 24 prairial an 11, et des décrets postérieurs qui ont successivement prononcé la surséance de son exécution; circonstance qui prouve que le législateur voulait plutôt atteindre son but par le changement progressif des habitudes des pays nouvellement réunis à la France, que par des peines rigoureuses; enfin les principes généraux du droit ne reconnaissent de nullité qu'autant qu'elle est écrite dans la loi. Or, l'arrêté du 24 prairial an 11, nous le répétons, ne prononce pas la nullité du testament qui serait écrit dans une langue étrangère; il ne rappelle ni ces anciennes lois purement locales qui avaient prononcé cette nullité, et qui font tout le fondement de l'opinion de M. Toullier, ni même le décret du 2 thermidor an 2, qui punissait seulement le notaire. Il est donc évident que cet arrêté n'est qu'une loi réglementaire sans aucune sanction pénale.

On peut encore consulter, pour l'appui de notre opinion, Ricard, *des Donations*, 1^{re} partie n° 1568. On sait que ce savant auteur a écrit bien long-temps après l'ordonnance de 1539, qu'il connaissait très-bien, et qu'il n'applique pas aux testamens.

La seconde question se trouve compliquée par un grand nombre d'arrêts contradictoires, et rendus dans des espèces qui présentaient entre elles quelques nuances. Nous n'entre-rons pas dans l'examen de tous ces arrêts qui sont d'ailleurs analysés un à un, et commentés avec beaucoup de soin par M. Merlin (Quest. de droit, 3^e édition, v^o *Testament*, § 17). Nous nous arrêterons seulement à trois arrêts, l'un de la Cour de Metz, l'autre de la Cour de Nancy, et le troisième de la Cour de cassation, rapportés dans Sirey, tome 18, 2^e partie, page 325 et 89, et 1^{re} partie, page 396:

L'arrêt de la Cour de Metz, du 19 décembre 1816, et que nous avons déjà cité sous un autre rapport, juge, en thèse générale, que les témoins d'un testament sont appelés pour offrir la certitude légale de la sincérité de l'acte, et que dès lors il est indispensable qu'ils connaissent la langue dans laquelle le testament a été reçu. Mais comme dans l'espèce, l'interprétation du testament avait été faite par le notaire à ceux des témoins qui n'avaient pas l'usage de la langue française, la Cour a confirmé le testament par les motifs suivans, sur la deuxième question : « Attendu que la présence des témoins au testament par acte public, a évidemment pour objet de procurer la certitude légale de la sincérité de l'acte, c'est-à-dire, qu'il contient véritablement l'expression de la volonté du testateur, qu'il n'y a eu ni violence, ni surprise, ni erreur;

» Attendu qu'il suit de là qu'il faut absolument que les témoins aient tout vu, entendu et compris; car autrement leur intervention et leur signature n'offriraient aucune garantie; qu'il est donc nécessaire qu'ils connaissent la langue dans laquelle le testament a été reçu et écrit, et qu'on peut dire que le défaut de cette connaissance de leur part, établit une véritable incapacité;

» Attendu que si cette espèce d'incapacité n'a pas été

positivement prévue par les articles 975 et 980 du Code civil, il ne faut pas en conclure que le juge ne doive pas y avoir égard; le législateur s'est principalement occupé des conditions et incapacités générales et absolues; il n'a pu ni dû entrer dans une infinité de circonstances particulières, qui peuvent donner lieu à des incapacités relatives, telles que celles-ci;

» Attendu qu'il résulte de la clôture du testament dont il s'agit, que le notaire, avant de le soumettre à la signature, en a fait l'interprétation, et que par là, ceux des témoins qui n'avaient pas l'usage de la langue française, ont été mis au fait de la teneur de l'acte;

» Attendu que l'interprétation faite officiellement établit une communication légale entre ceux qui parlent des langues différentes;

» Attendu que les notaires, officiers publics et assermentés, chargés par la loi de rédiger en langue française les actes qu'ils reçoivent, lors même que les parties n'ont pas l'usage de cette langue, sont les interprètes naturels et officiels de ces mêmes actes;

» Attendu qu'il en a toujours été ainsi, soit dans les provinces d'Alsace, soit dans la Lorraine allemande et le pays de Thionville;

» Attendu que, dans l'espèce, l'interprétation que le notaire a donnée mérite d'autant plus de confiance, qu'elle a eu lieu en présence de la testatrice, qui, selon les appelans eux-mêmes, connaissait les deux langues, et qui, s'il se fût commis des erreurs, n'aurait pas manqué de les relever;

» Attendu qu'ainsi le premier moyen de nullité proposé n'est d'aucune considération, *et que le second, quoique fondé, se trouve couvert au moyen de l'interprétation.* »

La Cour de Nancy, au contraire, a professé, dans son arrêt du 28 juillet 1817, la doctrine que l'intervention des témoins, dans un acte testamentaire, n'a d'autre objet que de garantir l'observation des formes extrinsèques; que les témoins ne sont pas appelés à prendre connaissance du fond et de la substance des dispositions; que c'est au notaire seul qu'il appartient d'attester la fidélité de la rédaction; d'où se

tire la conséquence qu'il n'est pas indispensable que les témoins connaissent la langue dans laquelle est écrit le testament. Mais l'arrêt se termine par invoquer des considérations puisées dans les faits particuliers de la cause, assez semblables à l'espèce de l'arrêt de la Cour de Metz, et prises notamment, 1^o de ce que Philippe Tailleur, témoin, dont le témoignage était principalement attaqué, n'était pas absolument étranger à la langue française; 2^o de ce que le notaire, tous les témoins, et, à ce qu'il paraît, le testateur lui-même, avaient l'usage familier de la langue allemande parlée par Philippe Tailleur; qu'ainsi aucun moyen de communication réciproque ne leur a manqué, et que Philippe Tailleur a pu facilement acquérir, du fond même et de la substance des dispositions testamentaires, une perception aussi distincte que l'ont pu acquérir les autres témoins.

On s'est pourvu contre cet arrêt, et le pourvoi a été rejeté par arrêt du 14 juillet 1818; mais par quel motif? « Attendu, dit la Cour de cassation, 1^o que le témoin dont il s'agit, avait les qualités requises par l'art. 980 du Code civil, et n'était dans aucun des cas d'exclusion, portés par l'art. 975;

» Attendu, 2^o qu'il résulte des faits et circonstances relevés *finale*ment par l'arrêt attaqué, que la Cour royale a reconnu que le témoin dont l'idonéité était contestée, avait pu acquérir, sur le fond et la substance même des dispositions testamentaires, une perception aussi distincte que l'ont pu acquérir les autres témoins du testament; qu'en cela elle n'a fait qu'apprécier une faculté personnelle du témoin, ce qui ne peut donner ouverture à cassation, *et dispense de s'occuper des autres motifs sur lesquels la Cour d'appel s'est appuyée pour valider le testament dont est question.* »

A la manière dont est motivé cet arrêt de rejet, on entrevoit que la Cour de cassation n'a pas admis la doctrine professée par la Cour de Nancy, sur le but et l'objet de la présence des témoins dans un testament; doctrine dangereuse, contraire aux véritables fonctions des témoins dans les actes notariés, et qui est repoussée par tous les auteurs qui ont écrit soit sous l'ancienne, soit sous la nouvelle lé-

gislation. (Voyez M. Merlin, *loco citato*, et M. Toullier, tome 8, page 143, n° 76.)

Il nous paraît donc que la question peut et doit se réduire à ce point exceptionnel de savoir s'il est suffisant que les témoins aient pu acquérir, par voie d'interprétation, une perception distincte sur la substance du testament. Or, nous pensons que l'affirmative de cette question se trouverait en opposition avec le principe incontestable que les témoins appelés dans un testament, doivent attester des faits personnels, et non des faits recueillis par voie étrangère; qu'autrement il pourrait arriver que, le notaire servant d'interprète à tous les témoins, le testament se trouverait ainsi privé de ses plus fortes garanties; qu'enfin autant aurait valu d'adopter en entier le principe de la Cour de Nancy sur la nature des fonctions des témoins, que nous ne saurions approuver, que d'admettre une exception qui y ramène insensiblement. Telle est aussi l'opinion de M. Merlin, *ibid.*, et celle de M. Toullier, tome 5, page 366, à la note.]

De l'incapacité inconnue d'un témoin. — Distinction entre la qualité qui tient aux droits politiques et civils, et celle qui concerne l'âge ou la parenté. — Cas où l'incapacité d'un témoin ne vicie pas le testament.

256. Enfin, il peut se présenter des difficultés relativement aux qualités que les témoins doivent avoir, d'après ce qui a été dit dans le cours de ce paragraphe, si ces témoins n'avaient pas réellement ces qualités, quoiqu'on crût généralement qu'ils les eussent. La question peut être ainsi réduite : Une incapacité inconnue nuit-elle? et la capacité putative est-elle suffisante?

Il faut distinguer la qualité qui tient aux droits politiques ou civils, de celle qui concerne l'âge ou la parenté.

Quant à la qualité relative aux droits politiques ou civils, si, par exemple, un particulier qui aurait subi une condamnation qui emporterait la mort civile, s'était réfugié sous un faux nom dans une ville, où, par l'effet de l'ignorance générale dans laquelle on serait sur son état,

il serait regardé comme tous les autres citoyens, et y jouirait de tous les droits des citoyens français, il serait difficile de penser qu'un testament serait nul par cela seul qu'il aurait été appelé comme témoin. Ce serait toujours le cas de se décider pour la validité du testament, ainsi que l'ont fait les auteurs, même depuis l'ordonnance de 1735, et notamment Furgole, *des Testamens*, chapitre 5, section 1^{re}, n° 7. On a toujours appliqué à ce cas, l'exemple si connu, rapporté dans la loi *Barbarius Philippus*, ff. *de offic. præt.*, ainsi que cette maxime, qui a été tirée de la loi 3, § 5, *de suppl. leg.*, *Error communis facit jus*.

Je puis citer, à l'appui de ce que je viens de dire, un arrêt de la Cour royale de Limoges, du 7 décembre 1809, que j'ai noté, sous un autre rapport, n° 247. Un testament était argué de nullité, parce qu'un des témoins était, lors de sa confection, conscrit réfractaire : on soutenait même qu'il avait été condamné comme déserteur, et on offrait d'en rapporter la preuve. La Cour royale de Limoges ne s'est pas arrêtée à ce moyen, considérant que le témoin qu'on prétendait incapable, jouissait notoirement, au lieu de son domicile, de ses droits civils, et qu'on ne pouvait admettre la preuve de sa condamnation, étant de principe que la capacité putative d'un témoin a le même effet que la capacité réelle.

[Mais nous pouvons invoquer d'autres autorités à l'appui de notre opinion. Elle a été confirmée par un arrêt de rejet de la Cour de cassation, section des requêtes, du 28 février 1821, qui est rapporté dans le Journal des audiences de cette Cour, tom. 21, page 541. Il est à propos de donner une idée de l'espèce, et de faire connaître l'arrêt.

Les héritiers Facker avaient demandé la nullité d'un testament fait en 1811, par lequel leur frère et oncle avait laissé un legs considérable au sieur Jean - Jacques Facker, l'un de ses frères. Ils fondaient leur demande sur ce que l'un des témoins instrumentaires, le nommé *Joseph Isselé*, était Badois d'origine, et n'avait pas été naturalisé Français. Il y eut un jugement qui déclara le testament valable, par le motif que Joseph Isselé avait toujours été

regardé comme Français. Sur l'appel, il y eut un interlocutoire tendant à fixer l'époque depuis laquelle ce témoin demeurait en France, et il fut prouvé que ce fait remontait à 1785. Il fut établi qu'il avait voté comme citoyen français aux assemblées primaires; qu'il avait été incorporé dans la garde nationale; et qu'enfin il avait été constamment considéré et imposé comme Français. Outre ces faits qui firent la base de l'arrêt de la Cour royale de Colmar, cette Cour a considéré, *en droit*, que l'art. 4 de l'acte de 1793, conférait le titre de citoyen français à tout étranger âgé de 21 ans accomplis, domicilié en France depuis une année. Mais nous devons faire observer que cet acte, fait pour demeurer dans l'oubli, n'avait jamais été ni promulgué ni exécuté. C'est aussi ce qui fut opposé sur le pourvoi en cassation; et on insista sur les faits et sur l'application de la loi *Barbarius Philippus*. Sur ce pourvoi, la Cour de cassation rendit l'arrêt qui suit :

« Attendu que l'arrêt attaqué constate que Joseph Isselé, domicilié en France depuis 1785, s'y est marié, a voté comme citoyen Français aux assemblées primaires, a été incorporé dans la garde nationale, et qu'il a été constamment assimilé aux citoyens français, participant aux bénéfices et charges à ce titre, et que l'opinion commune lui décernait cette qualité; qu'à ce titre, et sans qu'il soit besoin d'examiner l'influence de l'acte de 1793, invoqué par l'arrêt attaqué, la jouissance constante de la qualité de Français, et l'opinion commune déclarée constante, suffisent pour justifier l'admission du témoin Isselé, en qualité de témoin à l'acte dont il s'agit; que l'arrêt interlocutoire du 5 janvier 1819, qui n'a point été attaqué, avait fixé le point de fait à prouver; qu'il y a été satisfait : REJETTE. »

A la manière dont M. Favard cite cet arrêt dans son Répertoire, au mot *Testament*, section 1^{re}, § 5, article 3, n° 7, il est aisé de voir qu'il en approuve les principes. On peut dire de même en ce qui concerne M. Merlin, qui rapporte ce même arrêt, tom. 16 de son Répertoire, au mot *Ignorance*, § 2, n° 9. Ce n'est pas tout, il revient sur la question, au mot *Témoins instrumentaires*, § 2, n° 5;

il y examine d'abord la question relative à des individus qui, sans être réellement magistrats, auraient exercé des fonctions de magistrature, sur la foi publique; et il examine comment devrait être appréciée, dans ce cas, l'erreur commune; ce qui devrait la constituer; mais ce cas n'est pas celui qui fait le sujet de la question qui nous occupe: aussi l'auteur passe ensuite à cette question particulière, et il émet l'opinion qu'un testament ne serait pas nul, parce qu'on y aurait employé comme témoin, soit un étranger qui serait en possession publique de l'état de régnicole, soit un mort civilement, dont la condamnation serait généralement ignorée, et qui serait en pleine jouissance des droits civils. Il invoque un arrêt du parlement de Dijon, du 3 février 1656, et il rappelle encore l'arrêt de la Cour royale de Limoges, que nous avons cité nous-mêmes; et de plus, celui de la Cour de cassation, du 28 février 1821, que nous venons de rapporter.

Cette décision doit sans contredit être appliquée aujourd'hui, dans les colonies françaises, aux testamens auxquels assisteraient, comme témoins, des esclaves nègres qui passeraient pour libres, et seraient en possession publique de la liberté. C'est aussi ce que dit M. Merlin.]

Mais à l'égard de l'erreur relative à l'âge ou à la parenté, elle ne serait pas un motif pour valider le testament. L'individu étant connu pour ce qu'il était réellement, on ne peut pas dire, comme pour le cas de l'état civil, qu'on a été enveloppé dans une erreur commune, telle qu'on n'ait pas pu connaître la vérité. Il dépendait des parties intéressées, en éclaircissant le fait, de se mettre à l'abri d'un défaut de déclaration ou d'une fausse allégation de la part du témoin.

Ainsi, c'est avec raison que, par un arrêt de la Cour d'appel de Turin, du 17 février 1806, confirmatif d'un jugement du tribunal civil de la même ville, un testament a été annulé, parce que deux des témoins étaient mineurs, quoiqu'ils eussent déclaré dans le testament qu'ils étaient majeurs. Cet arrêt est rapporté par Denevers, 8^e cahier de 1806, partie du *Supplément*, pag. 114. Dans l'espèce de

cet arrêt, il s'agissait de la suscription d'un testament mystique, qui est soumis à la même règle que le testament fait par acte public.

[Notre opinion est aussi confirmée par celle de M. Merlin, dans son Répertoire, 17^e vol., au mot *Témoin instrumentaire*, § 2, n^o 3. Cette hypothèse, dit-il (celle qui est relative à une prétendue erreur commune sur l'état de régnicole), rentre d'ailleurs parfaitement dans celle d'un mineur qui, appelé comme témoin à un testament, s'y déclarerait majeur, et ferait croire au testateur, aux autres témoins et au notaire, qu'il l'est réellement. L'auteur cite, comme nous avons fait, l'arrêt de la Cour d'appel de Turin. Il est utile de connaître les motifs de cet arrêt, que nous avons seulement indiqué.

« Attendu que l'appelant n'offre pas d'étayer la preuve de l'erreur commune, concernant l'âge des témoins testamentaires, sur des actes publics multipliés, mais seulement sur ce que lesdits témoins disaient qu'ils étaient majeurs, en présence d'autres témoins qu'il veut faire entendre. »]

Mais il faut remarquer que s'il y avait au testament un plus grand nombre de témoins que celui qui est strictement exigé par la loi, et s'il y avait un ou plusieurs des témoins contre lesquels il y aurait quelque incapacité, le testament ne laisserait pas d'être valable, pourvu que les autres témoins, au nombre requis par la loi, eussent la capacité légale ; et c'est ce qui résulte de l'arrêt de la Cour de cassation, du 6 avril 1809, que j'ai cité n^o 244. On doit alors appliquer la règle de droit, *Utile per inutile non vitiatur*.

Du testament reçu par un notaire hors de son ressort.—

De celui non enregistré dans les trois mois du décès du testateur. — L'exécution du testament ne peut être suspendue par la preuve qui serait offerte contre le contenu en ce testament, dans des faits qui tiennent à sa solennité extérieure.

257. Anciennement on pensait assez généralement, d'après la maxime, *Error communis facit jus*, que tous les actes quelconques, même ceux de rigueur, tels qu'un testa-

ment, étaient valables, quoiqu'ils eussent été passés par un notaire hors de son ressort, s'il avait la possession d'y instrumenter comme notaire. Le célèbre Cochin le soutenait ainsi dans une savante consultation, tome 3^e de ses Œuvres, consultation 52^e.

Ce qui pouvait alors justifier cette jurisprudence, c'est qu'il régnait un véritable désordre sur la fixation des arrondissemens dans lesquels chaque notaire devait seulement instrumenter. Il y avait à ce sujet des réglemens ; mais, outre qu'ils étaient sans uniformité, ils étaient généralement mal exécutés. Le public ne devait point être victime d'une incertitude et d'une confusion que le gouvernement avait tolérées.

Mais il ne peut être question de cette jurisprudence, sous la législation actuelle. Les arrondissemens des notaires sont fixés d'une manière précise par l'art. 5 de la loi relative au notariat, et l'art. 6 dit qu'il est défendu à tout notaire d'instrumenter hors de son ressort, à peine de suspension de ses fonctions pendant trois mois, de destitution en cas de récidive, et de tous dommages-intérêts. Mais ce n'est pas tout : en combinant cet art. 6 avec l'art. 68 de la même loi, il en résulte que l'acte serait nul.

A la vérité, cet article 68 veut que lorsque l'acte est revêtu de la signature des parties contractantes, il vaille comme écrit sous signature privée ; mais cette modification ne peut concerner un testament fait par acte public, qui, quoique signé de la partie, est absolument nul, s'il ne peut valoir comme acte par-devant notaire.

Ceci me conduit à examiner si un testament public qui n'a pas été enregistré dans les trois mois qui ont suivi le décès du testateur, doit être réputé acte sous signature privée, et par conséquent ne produire aucun effet.

L'article 9 de la loi du 29 septembre 1791 déclarait qu'à défaut d'enregistrement d'acte notarié dans le délai fixé, il ne vaudrait que comme acte sous signature privée ; et la loi du 22 frimaire an 7, sur l'enregistrement, veut, titre 5, art. 11, que les testamens déposés chez les notaires, ou par eux reçus, soient enregistrés dans les trois mois du décès

des testateurs : mais l'article 33, au tit. 6 de la même loi du 22 frimaire an 7, se borne à imposer une amende contre les notaires qui n'auront pas fait enregistrer leurs actes dans les délais prescrits, et l'art. 75, au tit. 12, abroge pour l'avenir toutes les lois rendues sur les droits d'enregistrement, et toutes dispositions d'autres lois y relative. Il résulte bien positivement de ces deux derniers articles, qu'un acte reçu par un notaire ne peut plus, depuis la loi du 22 frimaire an 7, qui porte abrogation de celle du 29 septembre 1791, être considéré comme un acte sous signature privée, faute d'avoir été enregistré dans les délais prescrits. Dès lors un testament, non enregistré dans les trois mois du décès du testateur, n'en doit pas moins recevoir son exécution, sauf l'action du fisc contre le notaire pour le paiement de l'amende. Ce point a été ainsi décidé par un arrêt de la Cour de cassation, du 25 janvier 1810, qu'on trouve dans le Recueil de Denevers, volume de 1810, pag. 59.

Il y a une autre observation plus importante à faire, relativement à l'exécution du testament par acte public. Cette exécution ne pourrait être suspendue par la preuve testimoniale qui serait offerte contre le contenu en ce testament, dans des faits qui appartiennent à la solennité extérieure de l'acte. Il ne s'agit pas ici de la preuve de faits tenant à la capacité du testateur, et sur lesquels je me suis expliqué dans la première partie, chap. III, sect. II; n^{os} 101 et suiv.; mais de la preuve de faits qui tendraient à établir qu'une formalité exigée pour la validité du testament, n'a pas été remplie, quoique le testament en contienne la mention. Le testament par acte public est un acte authentique, qui fait pleine foi de toutes les énonciations qu'il renferme, quant à sa forme et à sa solennité, et ce n'est que par l'inscription de faux qu'on pourrait parvenir à les détruire. On peut voir à ce sujet l'arrêt de la Cour de cassation, du 19 décembre 1810, que j'ai rapporté avec l'espèce au n^o 103 ci-dessus, auquel il suffit de renvoyer.

SECTION III.

DU TESTAMENT MYSTIQUE OU SECRET.

Quelles personnes peuvent faire un testament mystique.

258. Pour pouvoir faire un testament sous la forme mystique, il n'est point nécessaire de savoir écrire ni signer. Mais il faut savoir ou pouvoir lire. « Ceux, est-il dit dans » l'article 978, qui ne savent ou ne peuvent lire, ne pour- » ront faire de dispositions dans la forme du testament » mystique. » L'article 11 de l'ordonnance de 1735, était conçu dans les mêmes termes.

Mais on verra dans le n° 265 ci-après, ce qui doit avoir lieu, si le testateur, quoiqu'il sache signer, ne pouvait signer le testament; ou, si ayant signé le testament, il n'avait pu ensuite signer l'acte de suscription.

Pour pouvoir faire un testament mystique, il ne suffit donc pas d'avoir su lire, il faut encore pouvoir lire. On sent aisément le motif de cette disposition. Celui qui lit peut, en dictant ses dispositions à un scribe, veiller à ce qu'elles soient fidèlement écrites. Au lieu que celui qui ne peut lire n'a pas cette faculté, et dès lors la loi n'a aucune garantie que le papier qu'il présenterait comme contenant ses dernières volontés, les contint en effet.

De là il suit qu'un aveugle qui aurait su lire, qui pourrait même écrire ou signer, ne peut point tester sous la forme du testament mystique. Cette observation a été judicieusement faite par Lacombe, dans son Commentaire sur l'article 9 de l'ordonnance de 1755. La même décision résulte de ce que dit Ricard, partie 1^{re}, n° 1474 : en sorte que l'aveugle peut seulement tester sous la forme du testament fait par acte public, à moins qu'avant sa cécité il n'eût fait un testament olographe, qu'il ne fût pas dans son intention de changer.

[*Comment peut-on prouver que le testateur ne savait ou ne pouvait lire. — Fixation de l'époque à laquelle la faculté de lire aurait cessé.*]

[258 *bis*. Il est sans difficulté qu'on peut prouver par témoins que le testateur ne savait pas lire, ou que, s'il avait su lire, il ne le pouvait plus à l'époque du testament. Sur la question de savoir qui doit être chargé de la preuve, ou des héritiers du sang, ou des légataires ou héritiers institués, selon les différens cas qui peuvent se présenter, on peut consulter Furgole, *des testamens*, chap. 2, sect. 5, n° 29. Il y traite très-bien la question, d'après des distinctions qui nous paraissent judicieuses, et qui sont fondées sur d'anciens arrêts. Nous le voyons suivi par les auteurs qui ont écrit depuis. On peut, au surplus, voir encore M. Toullier, n° 479, et M. Merlin, 17^e volume du Répertoire, au mot *Testament*, sect. 2, § 5, art. 5, n° 8. Il faut bien remarquer ce que dit Furgole, que le défaut de savoir lire doit s'entendre, non de l'écriture *moulée*, mais de l'écriture *de main*, parce que tel sait lire la lettre moulée, qui ne sait pas lire l'écriture de main; et que, dans un testament, il est question de l'écriture de main. Catelan avait fait la même observation.

Mais à quelle époque doit exister la cessation de la faculté de lire, pour que le testament soit nul? Est-ce à l'époque du testament clos, s'il est daté, ou est-ce à l'époque de l'acte de suscription? Furgole ne s'explique pas précisément là-dessus. Or, nous pensons que quoique le testateur qui ne sait pas écrire, et qui a cessé d'avoir la faculté de lire, ait fait apposer une date à son testament, cette date ne saurait faire supposer légalement que la faculté de lire existât lorsque le testament aurait été fait, et qu'on pourrait prouver le contraire. Nous fondons cette opinion sur ce que l'article 976 du Code civil, à la différence de l'article 58 de l'ordonnance de 1735, ne prescrit pas comme nécessité que le testament clos soit daté. (Voyez le n° 266.) Or, le silence du législateur à ce sujet, n'a pu avoir pour fondement que le principe que le testament clos n'avait d'autre date que celle

de l'acte de suscription. Le testament écrit par tout autre que le testateur, et qui est ensuite revêtu de la forme mystique, ne peut avoir, quant à la date, la même prérogative que le testament olographe proprement dit, qui fait par lui-même foi de sa date, ainsi que nous l'avons établi au n^o 228-5. Ce que nous venons de dire s'applique au testament qui serait entièrement écrit, daté et signé par le testateur, et qui aurait été revêtu ensuite de la forme mystique, mais dont l'acte de suscription serait nul, parce que ce testament ne pouvant valoir comme testament mystique, vaudrait toujours comme testament olographe; sur quoi on peut voir le n^o 276 *bis*.]

Formalités de ce testament. — De l'acte de suscription.

259. Les formalités du testament mystique sont prescrites par l'article 976 du Code. Sur cette matière il y aurait du danger de paraphraser; il est plus sûr de se mettre sous les yeux les termes mêmes de la loi, sauf à faire ensuite les observations dont ses dispositions sont susceptibles, pour en faciliter l'intelligence.

« Lorsque le testateur, est-il dit dans l'article 976, voudra faire un testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, ou qu'il les ait fait écrire par un autre. Sera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé. Le testateur le présentera ainsi clos et scellé au notaire, et à six témoins au moins, ou il le fera clore et sceller en leur présence; et il déclarera que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui. Le notaire en dressera l'acte de suscription, qui sera écrit sur ce papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe. Cet acte sera signé tant par le testateur que par le notaire, ensemble par les témoins. Tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à autres actes; et en cas que le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, ne puisse signer l'acte de suscription, il sera fait mention

» de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin,
 » en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins. »

L'article 977 prévoit le cas où le testateur ne saurait ou ne pourrait point signer; et alors il introduit une nouvelle forme pour mieux assurer le testament. « Si le testateur
 » ne sait signer, y est-il dit, ou s'il n'a pu le faire, lors-
 » qu'il a fait écrire ses dispositions, il sera appelé à l'acte
 » de suscription un témoin outre le nombre porté par
 » l'article précédent, lequel signera l'acte avec les autres
 » témoins; il y sera fait mention de la cause pour laquelle
 » ce témoin aura été appelé. »

L'acte de suscription fait toute la solennité de ce testament. C'est cet acte qui assure la volonté du testateur. C'est par cette raison que la loi lui a imposé un grand nombre de formes, dont l'observation la plus stricte est absolument nécessaire pour éviter la nullité du testament.

Du testament enveloppé dans une feuille volante.

260. Quelques auteurs, tels que Furgole, *des Testaments*, ch. 2, sect. 3, n^{os} 22 et suiv., n'ont pas dédaigné d'entrer dans des détails assez minutieux sur la forme de l'enveloppe du testament. Une première question qu'ils ont examinée, et qui ne devait pas en être une, était de savoir si le testament serait valable, en supposant qu'il fût enveloppé dans une feuille volante, sur laquelle l'acte de suscription aurait été fait, et le testateur ayant lui-même écrit et signé le corps du testament. Furgole s'est décidé, dans ce cas, pour la nullité du testament. Il en donne pour raison que l'article 9 de l'ordonnance de 1735, voulait que le testament fût *clos et scellé*. On sent qu'il doit en être de même aujourd'hui, d'après la disposition conforme de l'article 976 du Code. Quoique le testament eût été écrit de la main du testateur, quoiqu'il l'eût daté et signé, ce testament ne pourrait avoir son effet, n'étant point clos et scellé, parce que rien n'assurerait que ce même testament soit celui qui a été présenté au notaire et aux témoins. On pourrait facilement substituer au testament qui aurait été présenté,

un testament précédemment fait, qui, dans l'intention du testateur, ne serait pas son véritable testament.

Le testament doit être CLOS ET SCELLÉ. — Ce qu'on entend par SCELLÉ. — Différentes espèces.

261. Furgole s'est ensuite demandé si l'enveloppe dans laquelle serait le testament, devait être munie de quelques sceaux. Mais il n'y a pas de difficulté que, par le mot *scellé*, on a toujours entendu *cacheté*. L'usage des sceaux est aboli depuis long-temps en France, à l'égard des particuliers; l'usage de la signature y a été substitué, ainsi que Furgole lui-même l'apprend dans un développement historique, même chapitre, sect. 1^{re}, n^o 11; et c'est par cette raison que l'article 9 de l'ordonnance de 1735 contenait ces termes, qu'on a cru inutile d'insérer dans l'article 976 du Code, *sans qu'il soit nécessaire d'y apposer le sceau de chacun desdits témoins*.

Le même auteur a cru qu'il était utile de dire qu'il suffisait que l'enveloppe fût cachetée avec *de la cire d'Espagne ou du pain à cacheter*, sans qu'il fût besoin qu'elle fût entrelacée d'un ruban ou d'un fil, comme le décidait un ancien auteur qu'il cite. La loi exige seulement que l'enveloppe dans laquelle le testament est clos, soit cachetée. Mais l'usage de la cire à cacheter est préférable, et je l'ai toujours vu employer.

Au surplus, on ne peut qu'applaudir aux précautions que la délicatesse des notaires leur inspire, pour laisser la conviction la plus intime de l'impossibilité que le testament ait pu être retiré de l'enveloppe. M. Bergier, dans une de ses additions sur Ricard, au mérite desquelles je me suis déjà plu à rendre justice, après avoir énoncé, page 412, quelques-unes de ces précautions qui tiennent, dit-il, à *une espèce de mécanique qui peut se varier à volonté*, finit par dire, et avec raison, qu'il n'y aurait point d'inconvénient d'enfermer le papier qui contient le testament, dans une enveloppe scellée par un seul cachet, dans la forme de l'enveloppe ordinaire des lettres, et que ce qui est uniquement essentiel, c'est que l'enveloppe soit close et scellée de

manière qu'on ne puisse pas, sans la briser ou altérer le cachet, en retirer le testament, et y en substituer un autre, et qu'il y ait assez de papier blanc à l'extérieur pour écrire l'acte de suscription. Il cite l'espèce d'un arrêt du 12 février 1779, rendu au parlement de Paris, sur les conclusions de M. l'avocat-général d'Aguesseau, petit-fils de l'illustre chancelier de ce nom, dans un cas assez singulier. L'arrêt déclara valable le testament, qui n'était pas écrit de la main de la testatrice; et il faut remarquer que, suivant le procès-verbal dressé par le juge du lieu, de la représentation et de l'ouverture de ce testament, sa clôture, quoiqu'il fût cacheté, paraissait néanmoins équivoque. Il faut cependant observer qu'en retirant le testament de l'enveloppe dans laquelle il était cacheté, on avait été forcé de déchirer une petite partie du papier de cette enveloppe, dans l'intérieur de laquelle le testament était arrêté avec de la cire. Cette circonstance et quelques autres, firent juger qu'il y avait une clôture suffisante pour empêcher de supposer la substitution d'un autre testament.

Dès que tout ce que je viens de dire avait lieu sous l'empire de l'ordonnance de 1735, quoiqu'il fût dit dans l'article 9 que le testament serait clos et scellé, *avec les précautions en tel cas requises et accoutumées*, on sent qu'à plus forte raison il doit en être de même, d'après l'art. 976 du Code, où l'on n'a pas cru devoir répéter ces expressions. Cette circonstance fait encore plus supposer qu'il n'y a point de précautions déterminées, et que le législateur a entendu qu'il suffisait que le testament fût clos et cacheté, et qu'à l'inspection du paquet on fût convaincu qu'il y avait une clôture suffisante, et qu'elle avait été respectée.

Je dois cependant faire remarquer une espèce, dans laquelle la clôture de l'enveloppe d'un testament mystique n'a pas été jugée suffisante. Le procès-verbal d'ouverture d'un testament mystique contenait les énonciations suivantes : « Ledit notaire nous a représenté un paquet cacheté en pain sur les bords, qu'il nous a dit être le » testament mystique et secret de..... Nous avons fait » ouverture dudit paquet cacheté, comme est dit ci-dessus ,

» *sans aucune empreinte*; nous avons fait l'ouverture
» de ce paquet, dans lequel nous avons trouvé un autre
» paquet cacheté en cire rouge, etc. » Le testament fut
attaqué par les héritiers, qui se firent un moyen de ce
que l'enveloppe sur laquelle se trouvait l'acte de suscrip-
tion, et qui était close avec de la cire rouge et des pains
à cacheter, *ne portait pas l'empreinte* d'un sceau ou cachet.
Le tribunal civil de Dunkerque et la Cour royale de Douai
ont adopté ce moyen, et un autre dont je rendrai compte
plus bas, n^o 264. Le pourvoi en cassation contre l'arrêt
de la Cour royale de Douai a été rejeté par la Cour de
cassation, par arrêt du 7 août 1810, attendu que l'arti-
cle 976 exigeant, outre la présentation, la double formalité
de la clôture et du scel, cette Cour a pu prononcer que ces
formes n'avaient pas été observées par une simple clôture,
sans apposition d'aucun sceau ou cachet.

Cette décision ne détruit pas précisément ce que j'ai
dit, qu'il suffirait que le testament fût clos et cacheté,
de manière à convaincre que la clôture a été respectée;
et il serait en effet bien rigoureux de ne pas trouver,
dans ce cas, le vœu de la loi rempli; mais on sentira
davantage l'utilité de se servir d'un sceau ou cachet, ne
fût-ce que pour enlever tout prétexte à ceux qui ont intérêt
de faire tomber la disposition.

[*Nouvelles réflexions sur le sens des mots CLOS ET
SCELLÉ.*]

[261 bis. Ce que nous avons dit dans le numéro pré-
cédent, a été mal saisi par M. Merlin, 17^e vol. du Ré-
pertoire, au mot *Testament*, sect. 2, § 5, art. 3, pag. 728
et suiv. Le malentendu tient uniquement à ce que nous
n'avons pas attaché aux mots *cacheter* et *cachet*, le même
sens que leur attribue M. Merlin. Nous avouons que nous
avons voulu émettre l'opinion, qu'il suffisait que l'enve-
loppe qui contiendrait le testament fût close et fermée,
soit avec du pain à cacheter, soit avec de la cire, de ma-
nière qu'on ne pût retirer le testament de l'enveloppe sans
qu'il y eût évidemment des déchirures, des bris ou fractures

qui prouveraient que le testament a pu être enlevé, et qu'on aurait pu y en substituer un autre. Nous ne reconnaissons point la nécessité d'un cachet ou sceau, et encore moins d'un sceau qui portât une empreinte quelconque (1).

Nous avons voulu nous expliquer dans le sens dans lequel l'a fait M. Malleville, sur l'art. 976 du Code. Or, que dit cet auteur ? « Suit-il de ces termes, *clos et scellé*, que sur la feuille contenant le testament, ou sur le papier, qui lui servira d'enveloppe, le testateur soit obligé, à peine de nullité, d'imprimer son cachet ordinaire ? Je ne le crois pas non plus ; il y a tant de testateurs, surtout dans les campagnes, qui n'ont pas de cachet ou sceau. La loi a seulement entendu que le testament fût *clos ou fermé, de manière à ce qu'on ne pût pas l'ouvrir sans déchirer le papier et sans laisser des vestiges de la rupture.* »

M. Merlin prétend que M. Malleville a mal posé la question. Mais nous n'admettons pas la manière dont il interprète l'opinion de cet auteur. Au surplus, toute discussion à ce sujet devient inutile.

Aussi, lors de l'arrêt de la Cour de cassation, du 7 août 1810, que nous avons nous-mêmes cité, rendu dans une espèce où l'enveloppe sur laquelle se trouvait l'acte de suscription, et qui était close avec de la cire rouge et des pains à cacheter, ne portait pas *l'empreinte d'un sceau ou cachet*, les héritiers qui soutenaient la validité du testament qui était attaqué de nullité par cette raison, ne se méprenaient pas sur l'opinion de M. Malleville et sur la nôtre qu'ils invoquaient, ainsi que l'apprend la discussion qui prépara l'arrêt. Si, malgré cet arrêt, nous pensions devoir persister dans notre opinion, c'est parce que nous avons peine à

[(1) N'entrant pas dans la signification stricte des mots, et n'ayant pas en idée l'identité des mots *cachet* et *sceau*, nous avons regardé comme *cacheté* un testament qui serait suffisamment clos et fermé avec de la cire d'Espagne, ou même avec du pain à cacheter ; mais en préférant néanmoins l'usage de la cire. Nous avons pu ne pas nous expliquer avec autant de précision ; mais enfin, cela fût-il vrai, la vérité nous oblige de dire notre pensée. Nous avons pu nous expliquer, comme nous l'avons fait, d'après le mode que nous avons vu souvent pratiquer, sans qu'il en soit résulté aucune réclamation.]

croire qu'il suffit pour établir une jurisprudence, étant un simple arrêt de rejet de la section des requêtes.

Mais revenons à la question; car dans tout ce que nous venons de dire, nous n'avons eu qu'un objet, qui est celui de la rappeler à son véritable état. Or, nous sommes fortement touchés des opinions émises sur la question par les auteurs qui ont écrit depuis la seconde édition de notre Traité.

M. Toullier, *des Donations*, n^o 465, dit qu'il faut bien remarquer que l'art. 976 du Code exige la double formalité de la clôture et du scel. Le vœu de la loi, dit-il, ne serait donc pas rempli, et le testament serait nul, s'il était seulement clos et scellé *sans aucune empreinte de sceau ou de cachet*. M. Favard, dans son Répertoire, au mot *Testament*, sect. 1^{re}, § 4, n^o 4, dit aussi qu'il faut que le testament soit *clos et scellé*; que dès lors la double formalité de la clôture et du scel est nécessaire; et il y aurait nullité, si le testament était seulement clos avec du pain ou de la cire, sans aucune empreinte de sceau ou de cachet. Cet auteur, ainsi que M. Toullier, se fonde sur l'arrêt de la Cour de cassation, du 7 août 1810, d'où nous devons conclure qu'ils en adoptent les principes.

Mais nous sommes surtout frappés de la forte dissertation de M. Merlin. Il ne se fonde pas seulement sur l'arrêt du 7 août 1810, mais encore sur un arrêt de la Cour supérieure de justice de Bruxelles, du 18 février 1818, par lequel la question a été jugée de même. Les parties intéressées à soutenir la validité du testament, invoquaient, comme on faisait lors de l'arrêt du 7 août 1810, à la Cour de cassation, l'opinion de M. Malleville et la nôtre, ce qui prouve encore qu'on ne se méprenait pas sur le sens de l'une et de l'autre de ces deux opinions. Nous croyons donc devoir donner comme une règle générale, que pour la fermeture du testament mystique, on doit employer un sceau avec empreinte; mais il faut que, dans l'acte de suscription, le notaire fasse la description de l'empreinte. Cette mesure tend à prouver l'identité du sceau, et par conséquent celle du testament renfermé dans l'enveloppe.

A la suite de cette question, M. Merlin passe à une espèce particulière qui lui est analogue. Un testament mystique qui, au moment où s'en fait l'ouverture après la mort du testateur, se trouve à la fin clos et scellé, est-il nul par cela seul que, dans l'acte de suscription, il est seulement fait mention qu'il a été clos par le testateur, soit avant sa présentation au notaire et aux témoins, soit en présence de ceux-ci? M. Merlin opine pour la nullité. Il y en a, dit-il, une raison sans réplique, c'est que rien ne constate que le testament ait été scellé au moment où il devait l'être, à peine de nullité, et qu'il ne l'ait pas été, soit postérieurement à l'acte de suscription, ce qui aurait rompu l'unité du contexte prescrit par la loi, à l'égard de cet acte, soit après la mort du testateur.

Cependant M. Merlin cite un arrêt de la Cour royale de Bordeaux, du 21 mars 1822, que nous avons aussi remarqué, qui a jugé le contraire, après un premier arrêt qui avait ordonné l'apport de la minute du testament. M. Merlin fait des observations critiques contre cet arrêt, qu'il met en opposition avec un arrêt de la Cour de cassation, du 28 décembre 1812. On peut peser ses raisons; quant à nous, nous dirons seulement qu'il est difficile de former un corps de jurisprudence sur des questions de cette nature; qu'on ne peut guère prouver que les arrêts qui les ont décidées diversement soient contradictoires, parce que les circonstances ne peuvent que rarement se ressembler. Elles varieront continuellement, et alors, *jus ex facto oritur*.

Enfin, M. Merlin continue d'examiner plusieurs questions de ce genre, et de leur appliquer des arrêts particuliers. Nous n'en remarquerons qu'une qui a trait à la précaution que doit prendre le notaire, quoique le testament soit scellé, et qu'il paraisse clos, de faire en sorte qu'on ne puisse faire passer le testament qui serait renfermé dans l'enveloppe, sous la partie du papier qui aboutirait extérieurement au cachet. On voit par un jugement du tribunal de la Flèche, que ce tribunal avait pris les précautions les plus minutieuses pour savoir si le testament avait été, ou non, retiré de l'enveloppe, en employant ce moyen, et

si on avait pu y en substituer un autre. Ce tribunal avait déclaré ce testament nul ; mais le jugement fut infirmé par la Cour royale d'Angers, par un arrêt du 19 février 1824. Cet arrêt est parfaitement motivé. Nous en parlons principalement pour faire observer que, quoiqu'il porte sur des circonstances, il consacre néanmoins en principe la nécessité *du concours du scel et de la clôture*. La multiplicité des cachets ou sceaux peut prévenir la difficulté que nous venons de prévoir.]

Du cas où l'acte de suscription serait écrit sur le même papier qui contiendrait le testament.

262. Furgole fait une autre hypothèse. Il suppose que le testament ne soit pas enfermé dans une enveloppe, qu'il soit écrit sur un papier d'assez grande dimension, pour qu'étant plié et cacheté, l'acte de suscription soit écrit sur ce papier même, et que l'acte de suscription y ait été écrit en effet, ce qui peut encore être pratiqué, d'après les termes de l'art. 976, conformes, quant au sens, à ceux dont on s'était servi dans l'article 9 de l'ordonnance de 1735 ; mais il prévoit le cas où un testament ainsi fait ne serait ni clos ni scellé. Cet auteur admet la validité du testament dans ce cas, qui est bien différent de celui dont j'ai déjà parlé, où le testament serait dans une enveloppe qui ne se trouverait ni close ni fermée. Il l'admet indistinctement, soit que le testament soit écrit, daté et signé de la main du testateur, soit qu'il soit écrit par toute autre personne. Il se fonde sur ce que le secret n'est pas de l'essence du testament ; qu'ainsi il importe peu qu'on puisse en faire la lecture ou non ; qu'à la vérité la loi permet de tester de façon que les dispositions ne puissent pas être connues, mais que c'est une simple faculté, et non une nécessité ; qu'il suffit que la disposition soit constatée d'une manière à ne souffrir point de doute ni d'équivoque, et que l'on ait observé les formalités que la loi prescrit pour assurer cette volonté, sans qu'il soit besoin d'y ajouter celles qui peuvent rendre les dispositions secrètes ou inconnues. Cet auteur étaié son opinion

sur la loi 21, au Code *de testam.*, et encore sur la nouvelle 82 de l'empereur Léon.

L'opinion de Furgole mise en pratique ne pourrait donner lieu qu'à de grandes difficultés.

Ce n'est pas dans les lois romaines qu'il faut puiser la solution de cette question ; elle devait être puisée, du temps de l'auteur, dans l'ordonnance de 1735, après laquelle il a écrit, et qu'il cite continuellement, comme aujourd'hui elle doit l'être dans l'article 976 du Code civil, qui, à cet égard, est conçu dans les mêmes termes que cette ordonnance, article 9. Ces lois veulent que le testament fait sous la forme mystique, soit *clos et scellé*. C'est seulement alors, et d'après les formes rigoureuses exigées pour l'acte de suscription, que ce testament, quoique revêtu intérieurement de moins de formes rassurantes sur l'existence de la volonté du testateur, que le testament olographe et le testament fait par acte public, obtient la foi qu'il doit avoir : c'est le seul moyen de prévenir les inconvéniens qui résulteraient des additions ou des changemens qui pourraient être faits après coup dans le testament. Aussi, le cas que Furgole a prévu est demeuré au rang des pures hypothèses. On ne voit nulle part qu'il se soit présenté. Les notaires cachettent toujours les testamens mystiques, même quoique l'acte de suscription soit écrit sur le même papier que celui sur lequel le testament est aussi écrit. Les termes de la loi réclament la perpétuité de cet usage, et la prudence invite à le suivre, lors même que le testament serait entièrement écrit, daté et signé par le testateur.

[Tout ce que nous venons de dire est confirmé par ce que dit M. Merlin, 17^e vol. du Répertoire, au mot *Testament*, sect. 2, § 3, n^o 14, page 727. Il en donne les mêmes raisons que nous avons exposées. Il ajoute qu'on ne pourrait pas soutenir la validité du testament, même quand il se trouverait écrit d'un seul contexte, sans renvois à la marge, ni additions à la fin, quoiqu'on pût dire alors que l'inconvénient à raison duquel la loi prescrit les formalités de la clôture et du sceau, n'aurait pas eu lieu. M. Merlin se fonde sur ce que les formalités testamentaires ne laissent pas d'être

tre de rigueur dans le cas même où ne sont pas à craindre les inconvéniens qu'elles ont pour objet de prévenir. Nous sommes du même avis ; mais remarquons bien que c'est seulement pour le cas où le testament ne serait pas écrit de la main du testateur ; car s'il l'avait entièrement écrit, daté et signé, alors il pourrait valoir comme testament olographe. Telle est la question que nous traitons au n^o 276 bis (1).]

Des autres formalités. — Des termes, tout ce que dessus sera fait de suite, et sans divertir à d'autres actes.

265. Je passe aux autres formalités exigées par la loi.

Ces termes de l'article 976, *tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à d'autres actes*, se rapportent

[(1) Ce ne sont pas les seules difficultés auxquelles l'imprévoyance ou l'inattention des notaires peut donner lieu sur la validité de l'acte de suscription. Il s'est élevé à ce sujet quatre difficultés qui ont donné lieu à des arrêts qui sont rapportés par M. Merlin, 17^e vol. du Répertoire, pag. 735, n^{os} 17 et 736 et suiv.

1^o. Si l'acte de suscription était sur une feuille séparée tant à la fois et de celle qui contient le testament, et de celle qui lui sert d'enveloppe, le testament serait-il nul ? On doit bien pressentir que la nullité a été prononcée ; c'est aussi ce qui a été fait par un arrêt de la Cour d'appel de Turin, du 5 pluviôse an 13.

2^o. Est-il nécessaire d'exprimer dans l'acte de suscription, qu'il est écrit, soit sur le papier contenant le testament, soit sur la feuille qui lui sert d'enveloppe ?

La négative a été jugée par un arrêt préparatoire de la Cour d'appel de Gênes, du 7 juin 1819, qui ordonna l'apport de l'acte de suscription ; et par un arrêt définitif de la même Cour dans la même affaire, du 29 décembre suivant.

3^o. Un testament mystique est-il nul, par cela seul que le notaire qui en a dressé l'acte de suscription, y a déclaré l'avoir écrit sur le papier contenant le testament, tandis que, dans le fait, il l'a écrit sur l'enveloppe ?

La Cour d'appel de Bruxelles s'est prononcée par un arrêt du 9 août 1808, pour la validité du testament.

4^o. Est-il nécessaire que l'acte de suscription, lorsqu'il n'est pas écrit sur le testament, le soit sur la partie de la feuille servant d'enveloppe, qui couvre le testament même ; et y a-t-il nullité s'il est écrit sur la partie restante de cette feuille ?

M. Merlin se décide pour la validité du testament, d'après des arrêts de Cours d'appel, qu'il cite.

Quoiqu'il s'agisse de questions tellement particulières qu'on peut présumer qu'elles ne se représenteront plus, cependant nous avons cru devoir indiquer les arrêts qui les ont décidées.]

seulement à la présentation du testament de la part du testateur, à l'action de clore et cacheter le testament, si le testateur ne le présente pas lui-même clos et cacheté, et aux opérations relatives à l'acte de suscription. Ils ne concernent pas le testament; il est indifférent qu'il ait été fait à une époque plus ou moins éloignée, avant que le notaire et les témoins soient convoqués, et que ce testament leur soit présenté.

J'ai déjà eu occasion, en parlant du testament fait par acte public, n° 241 ci-dessus, de remarquer l'objet de cette unité de temps que la loi ne paraît exiger que pour le testament mystique, en observant néanmoins combien il est prudent de suivre cette forme, même pour le testament fait par acte public.

Le testateur doit lui-même déclarer qu'il présente son testament. — Objet de cette déclaration. — La présentation doit résulter des termes de l'acte de suscription.

264. Lorsque la loi veut que le testateur déclare que le contenu au papier qu'il présente est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui, on sent que l'objet de cette déclaration est d'assurer de plus en plus l'identité du testament, qui doit être clos et cacheté, afin d'empêcher, autant que possible, la substitution d'un autre testament. On peut dire que c'est une espèce de déclaration *ne varietur*.

Le notaire ne doit point parler d'après lui-même sur ces faits; il les ignore, ou il est présumé les ignorer, puisque le testament est secret. Il doit les consigner, sur la déclaration même du testateur, qui seul peut les connaître, et cette déclaration doit être mentionnée dans l'acte de suscription. Il doit aussi en résulter que cette déclaration a été faite en présence des témoins; le tout à peine de nullité du testament. Un arrêt de la Cour d'appel de Turin, du 1^{er} février 1806, confirmatif d'un jugement du tribunal civil de Coni, a annulé un testament parce qu'il ne contenait pas la mention que le fait, que la testatrice l'avait signé, avait été déclaré par la testatrice même. Cet arrêt se trouve dans le

Recueil de Denevers, volume de 1806, page 114 du *Supplément*.

[Pour mieux faire connaître l'état de la question, et pour qu'on apprécie mieux l'arrêt de la Cour de Turin, que nous venons de citer, nous croyons devoir en rapporter le dispositif.

Le testament mystique qui fut attaqué était celui de la dame Core : elle avait signé son testament ; ce fait n'était point contesté. Mais le fait de cette signature n'était point *expressément déclaré* par la testatrice ; le testament fut déclaré nul par la Cour de Turin. « Attendu qu'il ne résulte pas de l'acte de suscription que la dame Core ait *déclaré* au notaire que le testament a été écrit et *signé* par elle ; — Que la preuve d'une pareille déclaration ne peut résulter que de l'acte même de suscription ; car dès que la loi ne se contente pas du *fait*, mais qu'elle exige une *déclaration* de la bouche du testateur lui-même, faite au notaire et aux témoins, lors de l'acte de suscription, dès qu'immédiatement après, elle ajoute ces mots : *Le notaire en dressera l'acte de suscription* ; il s'ensuit nécessairement que la déclaration du testateur doit faire partie de l'acte de suscription ; — Qu'ainsi, le silence de l'acte à cet égard est un vice de forme qui suffit pour faire annuler le testament. »

Voici une espèce dans laquelle la Cour royale de Lyon a jugé, par arrêt du 17 avril 1818, qu'il y avait équipollence de la déclaration, de la part du testateur, que le testament était signé de lui. L'arrêt dont nous allons rapporter le dispositif, qui infirma un jugement du tribunal de Mâcon, fait connaître littéralement les termes dans lesquels cette Cour a vu une équipollence suffisante. « Attendu que l'ordonnance de 1735, en réglant les formalités à observer dans les testaments mystiques et dans leurs suscriptions, n'a pas prescrit une formule obligée dont il ne soit permis de s'écarter, à peine de nullité ; elle a voulu seulement qu'il fût certain et constant dans la suscription, que le testament avait été signé par le testateur, et qu'il l'avait déclaré au notaire en présence des témoins ; et de quelques expressions que se serve le notaire pour exprimer ce fait, il suffit qu'il soit énoncé, et

qu'on ne puisse l'entendre autrement. Or, dans la cause, la suscription était conçue ainsi : *Qu'il dépose entre les mains de nousdit notaire le présent papier, son testament écrit à sa réquisition, par nousdit notaire, et signé au bas de la page et à la fin.* Il est évident que la mention de la signature ne peut se rapporter qu'au testateur ; car, pour qu'elle pût se rapporter au notaire qui avait écrit le testament, il faudrait qu'il y eût : *écrit à sa réquisition, et signé par nousdit notaire* ; et ce qui ne laisse aucun doute sur la manière d'entendre la suscription, c'est que le testament étant effectivement signé par le testateur, on ne peut pas supposer que, dans sa déclaration au notaire, il ait voulu annoncer qu'il était signé par un autre. »

Enfin, l'équipollence de la déclaration expresse du testateur qu'il a signé son testament, a été jugée par la Cour de Turin, par arrêt du 5 décembre 1806, dans l'espèce où il était seulement dit que le testament présenté par le testateur *a été dicté par lui et qu'il l'a signé.* « Attendu, porte cet arrêt, que la déclaration faite par le testateur en l'acte de suscription, que le testament dont il s'agit a été *par lui dicté et signé* par lui-même, est, en l'espèce, entièrement équipollente à celle que le testament a été écrit par un autre, et signé par lui testateur ; qu'en effet, quoique le mot *dicté* ne puisse être équipollent à celui d'*écrit*, toutes les fois que la loi requiert que mention soit faite de la personne qui a dû écrire, puisque dans ce cas le but de la loi ne serait rempli qu'à moitié, le testament ayant pu être écrit par toute autre personne que celle qui aurait dû l'écrire ; il n'y a cependant point de doute que ledit mot *dicté* soit équipollent à celui *écrit*, toutes les fois qu'il n'est question que de savoir, comme en l'espèce, si c'est par le testateur lui-même, ou par une autre personne quelconque, que le testament a été *écrit* ; car il est de la nature et de l'essence de l'acte de dicter, qu'il y ait quelqu'un qui écrive, et que l'écrivain soit tout autre que celui qui dicte. »

Ces deux derniers arrêts sont rapportés dans le Recueil de jurisprudence de la Cour de cassation, l'un dans le tome 18, partie 2, page 458 ; l'autre dans le tome 6, partie 2,

page 239. Nous remarquons qu'ils sont encore cités par M. Merlin, 17^e vol. du Répertoire, page 735, sans aucune observation particulière. Il nous semble aussi qu'il était difficile de ne pas voir une équipollence dans les termes qui avaient été employés dans l'acte de suscription.]

Un autre point essentiel qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est qu'il doit résulter des termes de l'acte de suscription que le testament a été *présenté* au notaire et aux témoins. Le mot *présenté* n'est pas sacramentel, et la mention de la *présentation* n'est pas expressément exigée par l'article 976; mais l'acte de suscription doit, à peine de nullité, constater d'une manière non équivoque que cette présentation a eu lieu. L'acte de suscription du testament mystique, dont j'ai parlé à la fin du n^o 261 ci-dessus, était ainsi conçu : « Au-
» jourd'hui, ... devant, ... notaire soussigné, et en
» présence de six témoins ci-après nommés, est comparue
» demoiselle, ... laquelle a déclaré que sous cette enve-
» loppe se trouvait son testament mystique ou secret, qu'elle
» a fait écrire, mais qu'elle a lu à son loisir, et signé de sa
» main, comme contenant ses dernières dispositions qu'elle
» entend être exécutées; pourquoi elle l'a fait mettre sous
» cette enveloppe et cacheter, pour laisser le paquet à la
» garde dudit notaire, dont acte requis et octroyé à la com-
» parante, etc. » Cet acte de suscription a été déclaré nul, par le motif que nous avons indiqué n^o 261, et parce qu'il n'était pas fait mention dans cet acte, ou du moins qu'il ne constatait pas que la testatrice eût présenté son testament au notaire et aux témoins. La Cour de cassation a motivé son arrêt de rejet, quant à ce dernier point, sur ce que loin d'être en contradiction avec l'article 976 du Code civil, l'arrêt attaqué en contient une légitime application, parce qu'il n'est pas seulement fondé sur l'absence d'une *mention* non expressément exigée, mais sur le fait que la présentation du testament par la testatrice elle-même au notaire et aux témoins, ne résultait pas des termes de l'acte de suscription, ce qui entraînait la reconnaissance de l'inobservation dudit article 976, et l'application de la nullité prononcée par l'article 1001 du Code. L'arrêt de la Cour de cassation, qui

est du 7 août 1810, est rapporté dans le Recueil de Denevers, an 1810, page 377. On n'est point étonné de cette décision, lorsqu'on réfléchit que la présentation du testament par le testateur est de l'essence du testament mystique, et qu'il faut être certain que cette présentation a eu lieu, pour être assuré de la volonté du testateur.

Il n'est cependant pas nécessaire, lorsque le testateur n'a pas écrit lui-même son testament, d'indiquer la personne par qui il l'a fait écrire. Si telle eût été l'intention du législateur, il n'aurait pas manqué de la manifester; car, en disant, *ou écrit par un autre*, il est sensible que c'est pour signifier que le testateur ne l'a pas écrit lui-même, et qu'il l'a fait écrire par toute autre personne; mais ce n'est pas dire qu'on indiquera la personne de l'écrivain que le testateur a choisi; et l'on ne peut ajouter aux formes que la loi prescrit, et suppléer des nullités qu'elle ne prononce pas.

Rien n'empêche que le testament ne soit écrit de la main même du notaire qui est appelé pour l'acte de suscription. Le notaire, en écrivant le testament, d'après les intentions du testateur, n'est point alors employé comme personne publique, mais bien comme personne privée, comme tout autre qui aurait la confiance du testateur. J'ai même vu, en pareil cas, que le notaire insérait dans l'acte de suscription que le testament était écrit par lui. C'était un trait de délicatesse, pour écarter le soupçon qu'il y eût eu une substitution que la cupidité des parties intéressées aurait prétendu avoir été d'autant plus facile. Mais cette mention doit toujours avoir pour base la déclaration même du testateur. Dans tous les cas possibles, le notaire ne doit attester les faits que sur cette déclaration.

[Ce que nous avons dit, que le mot *présenté* n'est pas sacramentel, peut être regardé comme une vérité constante; elle est reconnue par les auteurs qui ont écrit après nous, et elle a été confirmée par tous les arrêts rendus sur cette matière, après que nous avons écrit. C'est ce que disent M. Toullier, n° 472, et M. Favard, dans son Répertoire, au mot *Testament*, sect. 1^{re}, § 4, n° 4.

Mais comme l'acte de suscription doit nécessairement

constater d'une manière non équivoque et par équipollence, *adæquatè et identicè*, ainsi que le dit Ricard, que nous avons cité au n^o 230, que la présentation a eu lieu, il s'est élevé une foule de difficultés qui ont présenté la question de savoir s'il résultait des termes employés par l'acte de suscription, que cette présentation avait été faite par le testateur. Les deux auteurs que nous venons de citer, outre l'arrêt du 7 août 1810, que nous avons indiqué nous-mêmes, en rapportent quelques autres : mais M. Merlin, dans le 17^e vol. du Répertoire, au mot *Testament*, sect. 2, § 5, article 3, n^o 11, pages 724 et suiv., en rappelle bien d'autres tirés des Recueils de jurisprudence, sur lesquels il fait des observations, dans la vue de faire mieux apprécier ce que chacun d'eux a jugé. Convenons cependant qu'on y voit ce à quoi il fallait s'attendre sur cette matière, nous voulons dire des arrêts qui paraissent à M. Merlin être contradictoires, et qui cependant peuvent ne pas l'être, parce qu'il s'agit ici de circonstances qui varient, et d'interprétations sur lesquelles il est si aisé que les opinions soient divisées. Il n'y aura jamais de vraies contradictions entre des arrêts, que lorsqu'ils auront jugé diversement sur des principes certains ou fondamentaux, abstraction faite de toutes circonstances et de toutes difficultés qui tiennent à des rédactions différentes. Si les notaires voulaient se tenir strictement aux termes de la loi, pour exprimer ce qu'elle prescrit, il y aurait beaucoup moins de procès. Les tribunaux, à qui il eût paru dur et injuste de regarder les termes de la loi comme sacramentels, ont admis les équipollences, par un esprit de justice; mais c'est un remède à un mal qui devrait ne pas exister.]

De la signature par le testateur, du testament et de l'acte de suscription. — Du cas où il n'a pas signé le testament.

265. De la manière dont s'explique l'art. 976, il faut nécessairement que le testateur ait signé son testament, s'il sait signer, quoiqu'il ait pu le faire écrire par un autre; et dans le cas où il n'aurait pu signer ce testament, il doit en-

être fait mention, toujours sur sa déclaration. C'est ce que la loi exige, pour s'assurer d'autant plus que le testament contient la volonté du testateur; et il est important de savoir pourquoi il n'a pas approuvé par sa signature les dispositions qu'il a fait écrire.

De même, s'il avait signé le testament, et que, par un empêchement survenu depuis, il ne pût pas signer l'acte de suscription, il doit être fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin en ce cas d'augmenter le nombre des témoins.

Mais il faut bien se garder de confondre ce cas avec celui où le testateur aurait déclaré n'avoir point signé son testament, ou parce qu'il ne saurait pas signer, ou parce qu'il n'aurait pu le faire. Dans ce dernier cas, aux termes de l'art. 977, il devra être appelé à l'acte de suscription un témoin, outre le nombre de six prescrit par l'art. 976, lequel signera l'acte avec les autres témoins, et il devra être fait mention de la cause pour laquelle ce témoin aura été appelé.

Il n'est pas nécessaire que le testament soit daté.

266. L'art. 38 de l'ordonnance de 1755, voulait que tous testamens quelconques, même le testament mystique, fussent datés, à peine de nullité, d'après l'art. 47. Mais l'article 976 du Code n'exige point cette date, pour le testament mystique; et on peut dire que ce même article ayant énoncé avec tant de précision les formes intérieures de ce testament, le législateur n'aurait pas omis la date, s'il l'eût regardée comme indispensable. On peut encore justifier le silence de la loi, en disant que le testament n'en contient pas moins les volontés du testateur; que ce testament prend la date même de l'acte de suscription; que c'est cet acte qui, si on peut s'exprimer ainsi, donne la vie à cette espèce de testament; en sorte que le testament prenant une date certaine du jour de l'acte de suscription, rendrait sans effet tout testament quelconque qui serait antérieur.

Il doit donc être tenu pour constant qu'il n'est pas nécessaire que le testament mystique soit daté; et c'est ce qui

a été jugé en termes formels, par un arrêt de la Cour de cassation, du 14 mai 1809, rapporté dans le Recueil de Denevers, volume de 1809, pag. 164.

Il faut néanmoins remarquer qu'on fera toujours bien de dater le testament qui doit être revêtu de la forme mystique; cette date pourrait fournir des moyens de défense pour soutenir le testament, selon la manière dont on l'attaquerait.

On doit encore faire observer que, d'après l'article 979 du Code, le testament mystique qui serait fait par celui qui ne pourrait parler, mais qui pourrait écrire, devrait être entièrement écrit, *daté*, et signé de sa main.

Ni qu'un second notaire soit présent à l'acte de suscription.

267. On conçoit aisément, à la lecture de l'art. 976, que la présence d'un second notaire serait toujours inutile à l'acte de suscription; le nombre des témoins doit toujours être de six au moins, et ce nombre n'est pas gradué selon qu'il y aurait un ou deux notaires, comme pour le testament fait par acte public, d'après l'article 972.

L'acte de suscription est valable, quoique les légataires et leurs parens en aient été témoins. — Observation quant au légataire et au notaire qui auraient écrit le testament.

268. Il y a, quant aux témoins, une différence, sous quelques rapports, entre le testament par acte public et le testament mystique. On ne peut point prendre pour le testament fait par acte public, ainsi que je l'ai déjà observé d'après l'article 975, ni les légataires à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parens ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement. Mais il n'en est pas de même pour le testament mystique; la raison en est que ce testament étant secret, on ne peut savoir si les témoins appelés sont légataires ou non, ou parens des légataires.

L'ordonnance de 1735 voulut, art. 45, que les héritiers institués ou substitués ne pussent être témoins en aucun

cas; mais qu'à l'égard des légataires universels ou particuliers, ils ne pussent l'être que pour l'acte de suscription du testament mystique.

Cette distinction n'a plus lieu, parce que notre législation actuelle n'établit aucune différence entre les legs relativement à la dénomination. Il est indifférent que ceux à qui on fait des dispositions par testament soient appelés sous le titre de *légataires*, ou sous celui d'*héritiers institués*. Les droits varient seulement, selon que les dispositions sont ou *universelles*, ou faites à *titre universel*, ou enfin à *titre particulier*; et tout cela n'est d'aucune importance, quant à ceux appelés pour témoins à l'acte de suscription d'un testament mystique. Dans tous les cas, ils peuvent être témoins.

Il faut cependant faire à ce sujet une observation; c'est qu'il semble que celui qui serait légataire par le testament mystique, et qui l'aurait écrit pour le testateur qui ne saurait pas écrire, ou qui n'aurait voulu ou pu l'écrire, ne pourrait pas être témoin dans l'acte de suscription. La connaissance qu'il aurait du legs qui lui serait fait pourrait l'assimiler au témoin d'un testament par acte public, qui serait légataire par ce même testament; et on pourrait lui appliquer la règle générale, *nullus idoneus testis in re sua intelligitur*.

Il en serait peut-être de même, et par parité de motifs, du notaire qui, comme personne privée, aurait écrit le testament mystique, et en faveur duquel le testament contiendrait un legs. Il ne pourrait en rédiger, comme notaire, l'acte de suscription; il deviendrait suspect, parce qu'il instrumenterait pour son propre intérêt. Ce serait, dans les deux cas, au moins une difficulté qu'il est sage d'éviter. [Voyez le n° 269 bis.]

Le testament contenant une disposition en faveur de celui qui l'aurait écrit, n'en serait pas moins valable.

269. Ce que je viens de dire fait supposer que le testament mystique ne laisse pas d'être valable, quoiqu'il contienne une disposition en faveur de la personne qui l'écrit pour le testateur. Il me paraîtrait difficile de se décider dans

un sens contraire. La loi veut que celui qui sait lire puisse faire un testament mystique; il est présumé l'avoir dicté et l'avoir lu quand il a été écrit, avant de le présenter au notaire et aux témoins; alors ce testament est réputé contenir ses volontés, de la même manière que s'il l'avait écrit lui-même. La délicatesse peut inspirer de s'abstenir d'écrire un testament mystique dans lequel on reçoit une disposition; mais on ne peut pas dire que cette circonstance donne lieu à la nullité du testament, qui ne doit recevoir toute sa vigueur que de l'acte de suscription, et qui jusque là est réputé être pleinement l'ouvrage particulier du testateur.

La loi 1^{re} ff. *de lege Cornelid*, voulait que celui, autre qu'un fils ou un esclave, qui aurait écrit le testament, fût coupable de faux, et fût puni comme tel, si ce testament contenait une disposition en sa faveur, à moins que cette disposition ne fût souscrite spécialement par le testateur, en ces termes, *quod illi dictavi et recognovi*.

Mais cette loi concernait seulement le testament *nuncupatif*, qui répond à celui qui est désigné parmi nous sous la dénomination de testament par acte public. D'ailleurs, la législation romaine, qui tient souvent sur cette matière à d'anciens usages qui avaient même varié dans cette législation, et qui nous sont absolument étrangers, ne peut être d'aucune considération sur un point sur lequel la législation française a établi d'autres principes.

[*Observations particulières sur le cas où le testament contiendrait des dispositions au profit du notaire ou du légataire qui l'aurait écrit.*]

[269 *bis*. La Cour royale de Nîmes a rendu, le 21 février 1821, un arrêt qu'il est important de connaître. Il est rapporté par M. Merlin, 17^e vol. du Répertoire, au mot *Testament*, sect. 2, § 3, art. 3, pag. 739.

Le tribunal de Marvejols avait prononcé la nullité d'un acte de suscription, reçu par un notaire en faveur duquel le testament contenait un legs, et qui néanmoins l'avait écrit, et avait annulé le legs fait à ce notaire; mais en même temps il avait déclaré l'acte de suscription, et par

conséquent le testament valable à l'égard de tous ceux, autres que le notaire, auxquels il avait été fait des legs. Nous devons faire observer que le testament, daté du 4 février 1815, était signé par le testateur.

Ce tribunal motiva ainsi la nullité du legs fait au notaire : « Attendu que l'ancienne jurisprudence réputait nulle ou non écrite toute disposition que l'écrivain du testament y avait écrite en sa faveur, à moins que le testateur ne l'eût spécialement approuvée lui-même de sa main; que le silence du Code civil sur ce cas, n'est pas une raison de croire qu'il ait dérogé ou entendu déroger à cette jurisprudence bien moins fondée sur des lois positives, que sur cette règle du droit naturel, *nul ne peut se faire un titre à lui-même*; que s'il en était autrement, il faudrait dire que le Code civil validerait en ce cas *l'institution universelle, aussi bien que le simple legs*, et il serait encore plus vrai de dire que la loi aurait pris moins de précautions pour faire valoir *la disposition testamentaire de tous ses biens*, qu'elle n'en a pris pour faire valoir *un billet de quelques centimes*, ce qui est absurde. » Quant à la validité de l'acte de suscription, et, par conséquent, du testament, par rapport à tous les légataires autres que le notaire, voulant abrégér, nous ne rapporterons pas tous les motifs, qui sont plus spécieux que solides. Ils sont fondés en résultat, sur ce que, relativement à ces autres legs, le notaire n'était plus officier public, contractant dans sa propre cause, et qu'il pouvait exercer ses fonctions à l'égard des autres légataires, comme aurait pu le faire tout autre notaire qui n'aurait pas écrit le testament, ou qui, l'ayant écrit, ne serait pas légataire.

Sur l'appel de la part des héritiers légitimes, quant au second chef du jugement, il a été confirmé; mais sur l'appel de la part du notaire, il a été infirmé en ce qui concerne le premier chef. Nous nous bornons à transcrire les principaux motifs de l'arrêt : « Attendu que ce ne fut pas en sa qualité de notaire que B écrivit le testament d'Étienne Lafont, puisque la présence d'un fonctionnaire public n'était pas exigée pour le rendre valable, mais que

ce fut en celle d'un simple particulier qu'il dut être appelé par le testateur, pour écrire ses dernières volontés. — Attendu que les dispositions de la loi du 25 ventôse an 11, ne sont applicables qu'aux actes reçus par les notaires, en leur qualité de fonctionnaires publics ; qu'ainsi elles ne peuvent recevoir leur exécution sur les difficultés élevées contre la validité d'un testament mystique. »

M. Merlin dit que cet arrêt est trop bien motivé pour ne pas faire jurisprudence. Après quelques dissertations, il termine ainsi : « Donc rien n'empêche le notaire à qui est fait un legs par le testament mystique qu'il n'a pas écrit, d'en recevoir valablement l'acte de suscription. Et pourquoi en serait-il autrement dans le cas où c'est le notaire qui a écrit le testament mystique ? Le legs ne pourrait, en ce cas, être déclaré nul, qu'en vertu du sénatus-consulte Libonien ; mais ce sénatus-consulte est incontestablement abrogé par le silence que garde sur ses dispositions le titre *des donations et testaments* du Code civil ; et cela résulte clairement de l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12. »

La question présente, à notre sens, plus de difficultés que n'en a vu M. Merlin. Nous ne devons pas l'examiner d'après les dispositions du sénatus-consulte Libonien, qui concernait seulement l'effet du legs fait par le testateur à celui qui écrivait son testament ; nous devons la décider, sous le rapport de la nullité du testament en entier, d'après les principes généraux puisés dans notre législation, et desquels découlent les règles qui doivent être observées pour la validité d'un testament, pour s'assurer qu'il contient avec certitude l'expression de la volonté d'un testateur.

Ainsi nous concevons bien que ce sénatus-consulte ne devant pas actuellement avoir force de loi, la disposition faite en faveur de l'écrivain du testament doit avoir son effet, quoique la formalité qu'il prescrit n'ait pas été observée. Nous concevons encore qu'un notaire qui reçoit l'acte de suscription du testament mystique, peut lui donner toute sa force légale, toute l'authenticité nécessaire, quoiqu'il lui ait été fait une disposition par le testament qu'il n'a point écrit. Nous admettons que l'acte de suscription

est également valable, quoique l'un des témoins de cet acte de suscription ait été gratifié par le testament qui est écrit par tout autre que par lui. Quelle en est la raison ? c'est parce que, soit le notaire, soit les témoins, ignorent le contenu au testament qui est seulement présenté, ou que, du moins, ils sont censés n'en avoir point de connaissance.

Mais suit-il de là qu'un notaire qui aura écrit le testament dans lequel il lui sera fait non-seulement un legs qui n'emporterait qu'une partie des biens du testateur, mais qui même lui déférerait la totalité de ces biens, puisse ensuite recevoir, comme notaire, l'acte de suscription ? S'ensuivra-t-il que celui qui n'est pas notaire, mais qui écrit le testament qui lui défère ou tous les biens ou une partie seulement, puisse ensuite servir de témoin à l'acte de suscription ? C'est une opinion que nous ne saurions adopter.

Pour se former, à cet égard, des idées précises, déterminons l'effet de l'acte de suscription d'un testament mystique. Cet acte fait la force, la sûreté et l'authenticité du testament. Il est le seul acte qui en assure l'exécution, comme devant prouver que le testament est l'expression certaine de la volonté du testateur. On conçoit, en effet, qu'un testament fait par quelqu'un qui ne sait point écrire, qui sait seulement lire, ou qu'il aura seulement signé, s'il sait écrire, n'est absolument rien par lui-même, qu'il ne devient testament que par l'acte de suscription.

Or, comment peut-il se faire que le notaire qui a écrit le testament, qui saura très-bien qu'en vertu de ce testament il doit avoir ou une partie des biens du testateur, ou qu'il doit en avoir même la totalité, puisse ériger en véritable testament un acte qui, sans la suscription, ne pourrait pas même être regardé comme un projet de testament ; car on ne pourrait donner ce nom, dans la force du mot, qu'à un projet qui émanerait du testateur lui-même ? Comment peut-il se faire que celui qui, sans être notaire, serait dans le même cas que nous venons de supposer, pût concourir, comme témoin, à donner à l'acte présenté par le testateur, toute la force et l'efficacité d'un testament ? Cela

nous paraît impossible, d'après les premières notions de la justice, et d'après les principes généraux de la matière.

Il y en a, selon nous, une raison déterminante; c'est que, dans ce cas, c'est le notaire qui fait lui-même le testament, qui en est le ministre, qui lui donne l'essence. Or, un notaire a-t-il jamais pu recevoir, comme tel, un testament qui le gratifie? Et ce que nous disons du notaire, nous pouvons le dire également du particulier écrivain du testament, qui y est gratifié, et qui vient ensuite être un des témoins de l'acte de suscription. Ici se présentent ces maximes de droit, qui sont de tous les temps, qui ont toujours été suivies dans toutes les législations : *Nemo potest esse autor in rem suam : nullus idoneus testis in re sua intelligitur*. La suspicion du notaire détruit toute confiance pour le contenu en l'acte de suscription. La disposition faite par le testament en faveur de celui qui l'écrit, a pu être l'effet d'une captation ou d'une suggestion que la circonstance rend facile; et la présentation que le testateur ferait de son testament au même notaire, pour qu'il fût revêtu de la forme mystique, serait présumée être une suite des menées qui auraient produit la disposition écrite dans le même testament; au lieu que cette suspicion disparaît lorsque la présentation du testament est faite par le testateur à tout autre notaire que l'écrivain du testament, et à des témoins parmi lesquels n'est point aussi celui qui l'aurait écrit. L'absence de l'un et de l'autre, lors de cette présentation, laisse supposer une persévérance libre de volonté de la part du testateur.

Mais indépendamment de ces règles générales de droit, nous pouvons indiquer des principes qui se tirent, par analogie, de la législation ancienne et encore de la législation actuelle.

Quant à la législation ancienne, l'article 43 était ainsi conçu : « Les héritiers institués ou substitués ne pourront être témoins *en aucun cas*; et à l'égard des légataires universels ou particuliers, ils ne pourront l'être que pour l'acte de suscription du testament mystique, dans les pays où cette forme de tester est reçue.

Cet article est certainement bien étranger au cas dont nous nous occupons, c'est-à-dire, à la circonstance où le testament aurait été écrit par le notaire qui recevrait ensuite l'acte de suscription, ou par un des témoins de cet acte. Mais il n'est pas moins vrai qu'en faisant abstraction de cette circonstance grave, il résultait de cet article que celui qui aurait été institué héritier par le testament, était inhabile, par cela seul, à servir de témoin dans l'acte de suscription; et la capacité d'être témoin était seulement tolérée à l'égard des légataires universels ou particuliers, parce qu'on n'y voyait pas le même danger. On ne soupçonnait pas, dans ces derniers, autant que dans le premier, l'emploi de moyens pour faire réussir la fraude ou la suggestion, qu'un plus grand intérêt peut inspirer. On connaît la différence considérable qui existait, dans les principes du droit romain, entre les légataires, quels qu'ils fussent, et un héritier institué. D'ailleurs, ces légataires devenaient désintéressés, par la seule raison que les legs, quels qu'ils fussent, étaient des charges de l'institution d'héritier, auxquelles l'héritier institué ne pouvait se refuser. D'après la disposition de cet art. 43, on doit sentir combien il était dans l'intention du législateur, que le notaire, qui est le témoin instrumentaire le plus essentiel d'un acte, n'eût pu recevoir l'acte de suscription, lorsque le testament aurait contenu en sa faveur une institution d'héritier, même quoiqu'il n'eût point écrit le testament.

Quant à la législation actuelle, nous croyons avoir démontré, dans le n° 249, que, par rapport au testament par acte public, le legs fait au notaire ou à un des témoins, n'est pas seulement nul, mais que ce legs ainsi fait vicie le testament en entier.

Dira-t-on qu'il y a une différence entre le legs contenu dans un testament fait par acte public, et le legs contenu dans un testament revêtu de la forme mystique? mais il est impossible qu'on en trouve une sous le rapport dont il s'agit. Pourquoi le testament fait par acte public est-il nul en entier? c'est parce que le notaire étant légataire, ou bien un des témoins étant aussi légataire, ils

perdent l'un et l'autre l'idonéité exigée par la loi. Le notaire n'a pu en être le ministre, et lui donner l'essence légale, et le témoin n'a pu en attester la vérité. Mais de même, dans les cas en question, le notaire n'a pu, en recevant un acte de suscription, ériger à son profit, en testament, un acte qui, sans cet acte de suscription, ne serait pas un testament. Il se fait donc à lui-même un testament, comme le notaire s'en ferait un dans le premier cas, et personne *ne peut se faire un titre à lui-même*. Ce qu'on vient de dire du donataire, s'applique aussi au témoin qui serait dans la même position.

On objecterait vainement qu'il n'est pas juste que les autres légataires, s'il y en a, perdent l'avantage que leur donnait le testament. Mais tel est le sort de ceux qui voient annuler un acte dont le maintien leur serait utile.

Ainsi nous ne pouvons approuver la décision du tribunal de Marvejols, parce qu'il ne suffisait pas qu'il déclarât nul le legs fait au notaire. Pour être conséquent, il devait déclarer nul le testament en entier. Trop préoccupé du sénatus-consulte Libonien, dont il ne s'agissait pas, il a perdu de vue les principes généraux, d'après lesquels tout le testament devait crouler.

Nous ne pouvons nous rendre à la décision de la Cour royale de Nîmes, pas plus qu'à l'opinion de M. Merlin, qui y est conforme, parce qu'il en résulte qu'un notaire peut d'abord, par la pratique de quelques insinuations, et ensuite, en se procurant quelques témoins qui lui seraient dévoués, s'attribuer une portion de la fortune d'un testateur, ou même la totalité, sans autre preuve de la volonté du testateur, qu'un acte que ce notaire aurait écrit lui-même, qui serait simplement signé du testateur, ou qu'il n'aurait même pas signé, ce qui est égal dans notre opinion (1).

(1) On doit remarquer que le testament même non signé du testateur, devrait être exécuté dans le système de l'arrêt de la Cour royale de Nîmes, parce que cette signature n'est pas nécessaire, d'après l'art. 977 du Code, qui n'exige, dans ce cas, qu'une formalité particulière, qui est la présence à l'acte de suscription d'un témoin de plus.

Nous ne pouvons voir là aucune des sûretés que la loi exige pour garantir la certitude des dernières dispositions. Ce serait ouvrir la porte à toutes les fraudes que la cupidité pourrait suggérer.

J'ai vu dire qu'il est possible que le notaire ou le témoin qui aurait même écrit le testament qui contiendrait des dispositions en leur faveur, ait ignoré la teneur du testament qui lui serait présenté, par cela seul qu'il se pourrait que le testateur en eût substitué un autre à celui qu'il leur aurait dicté.

Le résultat de ce raisonnement serait bien que le testament serait nul, si l'on devait croire que le notaire ou le témoin qui l'aurait écrit, savait que ce fût le même testament qui serait présenté pour l'acte de suscription. C'est aussi ce que dit formellement M. Favard, dans son Répertoire, au mot *Testament*, sect. 1^{re}, § 4, n° 5. Ainsi, sous ce rapport, les principes que nous avons déjà posés, resteraient, sauf l'application aux faits particuliers.

Mais peut-il bien se faire que ce raisonnement devienne la base d'une décision?

Doutera-t-on que le notaire ou le témoin, écrivain du testament, n'ait su que c'était le même qui leur était présenté, s'il n'est prouvé en aucune manière qu'il y ait eu d'autres testaments, et que le testateur ait eu l'intention d'en faire d'autres?

En doutera-t-on, si l'acte de suscription est fait le même jour ou très-peu de jours après le testament? Il est vrai qu'on peut jeter facilement une incertitude sur ce fait, parce qu'il n'est pas nécessaire que le testament soit daté; il prend alors la date de l'acte de suscription. Mais, osons le dire, c'est une raison de plus pour apporter une plus grande sévérité sur l'examen de la question.

Enfin, il n'est plus question de doute, parce qu'ici la vérité se présente. En effet, il ne dépend que du notaire ou du témoin qui aura écrit le testament qui contient une disposition pour l'un ou pour l'autre, de demander au testateur si le testament qu'il présente, est, ou non, celui que l'un ou l'autre a écrit. On ne peut supposer que le testateur leur

en impose. Donc, en figurant, l'un comme notaire, l'autre comme témoin, l'acte de suscription est couvert d'une suspicion qui se communique au testament, et qui rend nuls ces deux actes qui se correspondent si essentiellement.

Nous sommes donc bien loin de regarder l'arrêt de la Cour royale de Nîmes, comme devant fixer une jurisprudence définitive sur cette importante question; et jusqu'à ce que cette jurisprudence se forme, les notaires doivent prudemment s'abstenir de se mettre dans la position qui est le sujet de notre question.

Au surplus, nous faisons remarquer qu'il n'y a point de contradiction entre tout ce que nous venons de dire, et ce qui l'a été au n^o 269. Dans ce numéro, nous n'avons pas supposé que l'écrivain du testament, qui y reçoit un legs, voulût recevoir l'acte de suscription, comme notaire, ou qu'il voulût servir de témoin dans cet acte de suscription; et ce n'est que relativement à ces deux cas, que nous nous expliquons dans ce numéro 269 *bis*.]

Les clercs et les serviteurs des notaires ne peuvent être témoins de l'acte de suscription, pas plus que du testament public.

270. Il est important d'examiner la question de savoir si l'on peut appeler pour l'acte de suscription d'un testament mystique, les clercs du notaire qui reçoit cet acte.

Quelques personnes, dont l'opinion doit avoir du poids, ont soutenu la validité du testament, quoique de pareils témoins aient été employés dans l'acte de suscription. Elles se fondent sur ce qu'il est dit dans l'article 975 : « Ne pourront être pris pour témoins du testament *par acte public*, ni les légataires, etc., ni *les clercs* des notaires par lesquels les actes seront reçus. » L'art. 976, ajoutent-elles, garde le silence à ce sujet; donc, il n'a pas entendu prononcer de prohibition contre les clercs du notaire. La prohibition contre les clercs et contre les légataires, qui sont compris dans la même catégorie par l'article 975, reste limitée par ce même article, au testament par acte public.

Des raisons de la plus grande force déterminent une opi-

nion contraire. On sent que ce qui donne lieu au raisonnement dont je viens de rendre compte, c'est la confusion qui a été faite des clercs du notaire et des légataires, dans la prohibition prononcée par l'art. 965. Il ne devait y être question que des légataires, parce qu'en effet il y a une différence réelle à leur égard entre le testament mystique et le testament par acte public. Et à l'égard des clercs et des serviteurs des notaires, ou l'on aurait dû s'en référer simplement à la loi sur le notariat, ou bien il aurait été à désirer qu'on en eût fait une règle générale dans un article particulier, qui se serait rapporté à tous les testamens en général.

Mais il n'en est pas moins vrai que la prohibition contre les clercs du notaire reste commune à l'acte de suscription du testament mystique et au testament par acte public.

L'article 10 de la loi relative à l'organisation du notariat, prononce l'incapacité d'être témoins dans tous les actes en général, *contre les clercs et les serviteurs* des notaires qui les reçoivent : la nullité des actes en cas de contravention à cet article, résulte de l'art 68 de la même loi.

Voilà la règle générale, qui milite toujours dans toute sa force pour les témoins de l'acte de suscription ; pour que cela ne fût pas, il faudrait qu'il y eût dans l'art. 976 une dérogation précise à cette règle générale. Quelques auteurs disent en pareil cas, *indiget speciali notâ*.

Un argument à *contrario*, n'est pas toujours sûr, mais surtout en droit, ainsi que l'observe Ricard, pour tous les cas en général, part. 1^{re}, n° 90. *L'on sait*, dit-il, *que ces sortes d'argumens à sens contraire, sont estimés fort périlleux*, etc. Mais il n'y a pas même sur la question dont il s'agit, un argument à *contrario* à faire valoir ; il n'existerait que dans le cas où il n'y aurait d'autre loi à ce sujet, que la disposition des art. 975 et 976 du Code ; et d'après l'art. 10 de la loi sur le notariat, l'argument qui se tire seulement de ce qu'on met en opposition ces deux articles du Code, ne peut avoir aucun effet.

Cet argument n'est pas plus concluant, que celui qu'on ferait pour soutenir que dans un testament, même par acte public, le notaire peut employer pour témoins *ses servi-*

teurs, en se fondant sur ce que, dans l'article 975, il n'y a de prohibition que contre *les clercs* du notaire, et en voulant en induire que dès lors, pour le testament public, le législateur a entendu déroger à l'art. 10 de la loi sur le notariat, qui exclut comme témoins, pour tous les actes, *les clercs* des notaires qui les reçoivent, et leurs *serviteurs*. Comment supposer, d'ailleurs, que le législateur ait moins voulu pour un testament, et surtout pour la suscription d'un testament mystique, que pour tous les autres actes en général?

Tel est aussi le résultat de l'opinion de M. Malleville, sur cette question, tome 2, pages 444 et 445.

[L'opinion que nous venons d'émettre a été confirmée par MM. Merlin, Toullier et Favard; voyez ce dernier auteur, Répertoire, au mot *Testament*, sect. 2, § 4, n° 6. Ainsi on doit appliquer au testament mystique, pour le cas dont il s'agit, les observations nouvelles que nous avons faites au n° 253 *bis*.]

L'acte de suscription doit être écrit par le notaire.

271. Le notaire doit écrire lui-même l'acte de suscription; cela résulte évidemment de ces termes de l'article 976, *le notaire en dressera l'acte de suscription*, etc., et plus particulièrement encore des expressions de l'art. 979, *après quoi le notaire écrira l'acte de suscription*. Ce n'est certainement pas à raison du cas particulier qui est prévu dans cet article 979, que le législateur a voulu, par forme d'exception, que le notaire écrive lui-même l'acte de suscription. Il l'a dit ainsi, parce qu'il avait entendu donner comme une règle générale, que le notaire écrirait toujours cet acte.

La mention n'en est point indispensable.

272. Ces deux art. 976 et 979, ni aucun de ceux qui sont relatifs au testament mystique, ne disent que l'acte de suscription contiendra la mention que cet acte a été écrit par le notaire, mention dont on a fait résulter la nécessité pour le testament fait par acte public, de ces termes de l'article 972, *il est fait du tout mention expresse*. Il serait donc difficile de se décider pour la nullité du testament mystique, lors

même que l'acte de suscription ne contiendrait pas cette mention. Cependant, comme le parti le plus sûr est d'aller toujours au devant des difficultés, le notaire agira prudemment, d'insérer cette mention dans l'acte de suscription.

Il en est de même de la mention de la lecture au testateur, et de celle de la lecture au testateur en présence des témoins.

275. On peut faire la même réflexion relativement à une autre question, qui est de savoir si le défaut de mention de la lecture de l'acte de suscription au testateur, donnerait lieu à la nullité du testament, et si encore l'acte de suscription doit contenir la mention que cette lecture a été faite en présence des témoins.

Voici le sujet de la difficulté.

On a vu, dans la seconde section de ce chapitre, que la mention de la lecture du testament faite au testateur, doit être contenue dans le testament par acte public, et qu'il doit aussi y avoir la mention expresse que cette lecture a été faite *en présence des témoins*.

Mais ces formes sont exigées pour ce testament, par l'article 972; les autres formes qui le concernent sont prescrites par les art. 971, 973, 974 et 975.

Les formes qui sont relatives au testament mystique, sont écrites dans les articles 976, 977, 978, 979.

Or, les dispositions des articles concernant le testament mystique, ne sont point corrélatives avec celles des articles qui ont trait au testament par acte public. La mention de la lecture au testateur du testament par acte public, est exigée pour ce testament, par une raison particulière, qui est que le testateur doit savoir si ses dispositions ont été écrites comme il les a dictées; et il ne peut avoir cette connaissance que par la lecture du testament. Pour éviter toutes surprises, il a paru encore nécessaire que cette lecture fût faite en présence des témoins, et que le testament en contiât la mention particulière.

Mais on peut dire qu'il n'y a pas les mêmes raisons pour le testament mystique, dont la lecture ne doit pas

être faite ; ce n'est pas tout : c'est que , dans les articles qui prescrivent les formes du testament mystique, il n'y est point parlé de la nécessité de la lecture de l'acte de suscription, ni par conséquent de la mention expresse que cette lecture ait été faite en présence des témoins.

Ce n'est pas que la lecture de l'acte de suscription ne doive être faite au testateur, en se référant à l'article 13 de la loi sur le notariat, qui exige la mention de la lecture de l'acte aux parties, pour tous les actes en général.

Mais en combinant cet art. 13 avec l'art. 68 de la même loi, le défaut de cette mention ne donnerait point lieu à la nullité de l'acte ; il en résulterait seulement la peine de 100 fr. d'amende contre le notaire contrevenant. Ce même art. 13 ne parle point de mention expresse que la lecture a été faite en présence des témoins ; et dès lors le défaut de cette mention ne peut donner lieu à la nullité des actes en général.

S'il est vrai, comme il y a lieu de le penser, qu'on ne puisse pas appliquer à l'acte de suscription du testament mystique, les dispositions des articles concernant le testament par acte public, et si, relativement à la forme dont il s'agit, on ne peut appliquer à cet acte de suscription que la disposition de l'article 13 de la loi sur le notariat, il serait difficile de soutenir que le défaut de mention de lecture de l'acte de suscription, et que cette lecture a été faite en présence des témoins, donnât lieu à la nullité.

Mais les notaires agiront prudemment de faire cette double mention, puisque c'est le moyen le plus sûr d'éviter toutes contestations.

[Ce que nous avons dit est parfaitement confirmé par M. Merlin, 17^e volume du Répertoire, page 738, n^o 18. « L'acte de suscription, dit-il, est-il nul à défaut de mention qu'il a été lu au testateur et aux témoins ? Non. Le notaire qui omet cette mention encourt bien, aux termes de l'article 13 de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, la peine d'une amende de 100 francs ; mais, d'une part, cet article n'est pas compris, par l'art. 68, dans la nomenclature de ceux dont l'inobservation emporte nul-

lité; et, de l'autre, l'art. 976 du Code civil n'exige pas, pour l'acte de suscription du testament mystique, comme l'article 972 exige pour le testament notarié, qu'il en soit fait lecture au testateur en présence des témoins. L'acte de suscription du testament mystique rentre donc, à cet égard, dans la règle commune à tous les actes notariés.]

Tous les témoins de l'acte de suscription, même dans les campagnes, doivent signer.—Réponse à des objections, et arrêts sur ce point.

274. Tous les témoins dont l'art. 976 exige la présence pour l'acte de suscription, doivent-ils signer, sans distinction du lieu où l'acte est passé, c'est-à-dire, dans les campagnes comme dans les villes?

M. Malleville, tome 3, page 443, pense que lorsque l'acte est passé dans les campagnes, il n'est pas nécessaire que tous les témoins signent, et que l'on doit admettre la distinction faite à cet égard pour le testament par acte public, par l'art. 974. Il entend, sans doute, que dans ce cas la signature de trois des témoins suffit.

Cette opinion est susceptible de beaucoup de difficultés. L'article 976 est le premier dans lequel le législateur s'occupe des formes particulières du testament mystique; et après y avoir dit qu'il y aura six témoins, au moins, à l'acte de suscription, il y est ajouté qu'il sera signé *par les témoins*. Dans aucun des articles qui suivent, on ne voit une exception à cette règle.

L'art. 974, qui dit que dans les campagnes il suffira qu'un des témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux témoins signent, s'il est reçu par un notaire, concerne uniquement, et par la place qu'il occupe, et par les rapports de ses dispositions à celles de l'art. 971, le testament par acte public; il est impossible d'en faire l'application au testament mystique.

M. Malleville fonde son opinion, 1^o sur ce qu'il y a pour les deux testamens le même motif de décider.

Mais rien ne garantit que cette parité de motifs ait été dans les vues du législateur; et la différence considérable

établie par la loi entre les règles relatives aux deux testaments; ne permet pas qu'on la suppose.

2°. Ce magistrat se fonde sur ce que c'est précisément après avoir arrêté la forme du testament mystique, dans la séance du 29 ventôse an 11, que le Conseil décida, de suite et immédiatement, qu'il suffirait dans les campagnes que la moitié des témoins requis signassent, en sorte que c'est plus particulièrement encore aux testaments mystiques que l'art. 974 doit s'appliquer. Il suppose ailleurs une transposition de l'art. 974, qui, selon lui, donne lieu à la difficulté.

La discussion du Conseil d'état est sans contredit le meilleur guide qu'on puisse suivre, pour découvrir le sens d'un article qui peut présenter du doute. Mais il faut aussi qu'on y voie précisément l'intention du législateur. Or, en consultant la discussion du Conseil d'état, tome 2, page 566, on voit quatre propositions arrêtées relativement aux testaments. Elles portent sur les testaments, olographe, par acte public, et mystique. La quatrième de ces propositions fut que dans les campagnes il suffirait que la moitié des témoins sussent écrire. Mais on ne peut assurer si ce point était commun au testament mystique, comme au testament public; et ce qui met dans le cas de croire qu'il concernait seulement le testament public, c'est que cela résulte précisément de la rédaction de la loi et de la série de ses articles.

La transposition même, dont parle M. Malleville, vient à l'appui de cette idée, au lieu de la détruire. Si le législateur eût voulu que dans les campagnes, les signatures de la moitié des témoins requis fussent suffisantes pour les deux espèces de testament, il s'en serait expliqué nettement dans un article qui aurait été à la suite de toutes les dispositions relatives à ces deux espèces de testament, comme il l'a fait dans l'article 980, pour l'âge, le sexe, et l'état civil des témoins. C'est ainsi que dans l'article 45 de l'ordonnance de 1755, on avait fait une distinction à ce sujet, qui se rapportait à ces deux espèces de testaments, parce que cet article était à la suite des règles établies pour ces deux mêmes espèces.

Mais le législateur n'ayant point établi cette distinction à la suite des articles relatifs aux deux espèces de testament, et l'ayant posée immédiatement après les règles relatives au testament fait par acte public, et encore dans des termes corrélatifs à ceux de l'art. 971, qui a seulement trait à ce testament, il s'en tire la conséquence que l'application de l'art. 974 doit se faire limitativement au testament par acte public, et que cet article est absolument étranger au testament mystique.

Ainsi, il y aurait tout lieu de craindre qu'un notaire ne compromît le sort des dispositions d'un testateur, faites par un testament mystique, s'il souffrait qu'on appelât à l'acte de suscription des témoins non signataires, quoique cet acte se passât dans les campagnes.

L'opinion que j'avais émise dans la première édition de cet ouvrage, et telle qu'on vient de la lire, que tous les témoins appelés à l'acte de suscription d'un testament mystique, devaient nécessairement signer, quoique cet acte eût été passé dans les campagnes, a été confirmée par la jurisprudence. Il existe un arrêt de la Cour d'appel de Liège, du 29 mai 1808, et un arrêt de la Cour de cassation, du 20 juillet 1809, qui ne peuvent plus laisser de doute sur la question. Ces arrêts sont rapportés, le premier dans le Recueil de jurisprudence du Code, pag. 140 du 12^e volume, et le second, dans le Recueil de Denevers, vol. de 1809, page 257.

[Notre opinion est pleinement confirmée par M. Merlin, 17^e vol. du Répertoire, au mot *Témoin instrumentaire*, § 2, n^o 3, page 615. On y voit une forte dissertation contre l'opinion de M. Malleville, à laquelle nous n'avions pas cru devoir nous rendre. M. Merlin termine par le rapport de plusieurs arrêts rendus depuis que nous avons écrit, et qui sont conformes à la doctrine que nous avons soutenue.]

L'acte doit contenir la mention des signatures.

275. Enfin, il ne suffit pas que les signatures soient apposées, il faut encore, comme pour le testament par acte

public, que l'acte de suscription en contienne la mention, toujours d'après l'art. 14 de la loi sur le notariat, qui en fait une règle générale pour tous les actes, et à peine de nullité, d'après l'art. 68.

Examen de la question si, dans le cas où l'acte de suscription est nul, le testament mystique, se trouvant revêtu des formalités du testament olographe, peut valoir comme tel. — Quid, si le testateur n'a qu'annoncé le projet d'employer les formes du testament mystique? — Différentes espèces.

276. Le testament fait sous la forme mystique, se trouvant revêtu des formalités du testament olographe, peut-il valoir comme testament olographe, dans le cas où l'acte de suscription serait nul?

Pour la solution de cette question, il faut partir d'un principe constant, enseigné par Ricard, *Traité des Donations*, part. 1^{re}, n^o 1609. « On peut, dit-il, avancer pour » une maxime générale, qu'il est nécessaire que le testament soit parfait en la forme en laquelle le testateur a » commencé de disposer; et que, quoique cet acte ait des » solennités suffisantes pour valoir en une autre forme » permise par la loi ou par la Coutume, il ne laissera » pas de demeurer sans effet, s'il n'est accompagné de » celles qui sont requises pour l'accomplissement de l'espèce de testament en laquelle il a voulu disposer. »

Serres, *Institut. au dr. fr.*, liv. 2, tit. 10, § 5, examine cette question. Il suppose que Henrys s'est décidé pour la validité du testament comme olographe, et néanmoins il ne se rend pas à l'opinion de cet auteur : il en donne pour raison, « qu'on ne peut pas régulièrement convertir une » espèce de testament en une autre, et que tout testament » doit être parfait en la forme en laquelle il a été commencé et fait. »

Si, en effet, on admettait des formes mixtes pour les testamens, il n'y aurait plus que désordre et confusion. La loi ayant établi différentes espèces de testamens, et ayant assigné à chacune des formes particulières, il n'y a de vrai

testament que celui pour lequel on a rempli les formes relatives à son espèce.

Les jurisconsultes qui sont d'avis que le testament, quoique nul comme mystique, peut valoir comme olographe, se fondent sur l'opinion de Henrys.

Cet auteur, liv. 5, chap. 1^{er}, quest. 2 et 3, et chap. 4, quest. 67, balance les raisons qui furent opposées de part et d'autre, lors d'un arrêt du 7 septembre 1626, rendu par le parlement de Paris, qui déclara nul un testament qui était dans ce cas; et après l'avoir lu avec attention, on est convenu que les raisons qui étaient opposées contre la validité du testament, étaient évidemment décisives. Il rappelle la Nouvelle de Valentinien, insérée au Code théodosien, en la loi 2, de *testamentis*, par laquelle, en même temps que cet empereur voulait admettre, indistinctement et dans tous les cas, la forme olographe qui fut restreinte par Justinien au testament du père aux enfans, il disait que si cependant le testateur voulait rendre son testament solennel, il fallait alors remplir toutes les formes. *Cum tamen testium præsentiam testator elegerit, legitimum numerum semper oportebit adhiberi*. Henrys rappelle encore l'opinion de Cujas, qui s'est expliqué dans le même sens, *consultation* 55°. Ce qui seul empêche d'invoquer l'arrêt qui déclara le testament nul, c'est parce que, d'après ce qu'en dit Henrys, on ne peut savoir positivement si cette nullité fut prononcée par la raison qu'il n'y avait pas à l'acte de suscription le nombre des témoins nécessaire, ou si elle le fut par la raison que le parlement pensa que l'usage des testamens olographes n'avait lieu dans aucun cas dans la province de Forez.

On avait voulu, par l'ordonnance de 1629, article 126, établir l'usage des testamens olographes dans toute la France, et dans tous les cas, sans qu'ils eussent besoin d'une plus grande solennité, et il y était dit: «laquelle toutefois, si elle y est ajoutée, n'y fera préjudice, non plus que le défaut qui se pourrait rencontrer esdites solennités, si ledit testament est olographe.»

Mais, en premier lieu, cette ordonnance, ainsi que j'ai

eu occasion de le dire, n'a jamais eu force de loi, et n'a point été exécutée, au moins dans quelques parlemens, et notamment dans celui de Paris. On peut voir, à ce sujet, une dissertation historique très-intéressante, dans l'ouvrage justement estimé de M. de Montblin, intitulé, *Maximes du droit public français*, tom. 2, pag. 46, édit. in-4^o.

En second lieu, l'auteur de cette ordonnance reconnaissait le principe que j'ai déjà posé, et il voulait y déroger. Mais le législateur, soit lors de l'ordonnance de 1735, soit lors du Code civil, ne s'étant pas expliqué de même, on doit en conclure qu'il n'a point voulu admettre cette dérogation, et qu'il s'est tenu au principe.

Dans les pays de droit écrit de la province d'Auvergne, qui était du ressort du parlement de Paris, le testament olographe avait lieu à l'égard de toutes sortes de personnes, par le seul effet d'un ancien usage (1) : le testament mysti-

(1) J'ai dit, dans le Discours historique, que le testament olographe avait été admis, pour toutes sortes de personnes et pour tous les cas, par l'empereur Valentinien, par une loi qui fit la Novelle 2 du Code théodosien, au titre de *testam.* J'ai eu occasion de dire, dans le même Discours, qu'avant que le corps de droit composé sous Justinien eût été découvert, ce qui arriva dans le 12^e siècle, on suivait assez généralement en France le Code théodosien, en tout ce qui n'était pas contraire aux Coutumes particulières; et il devait faire loi particulièrement dans les pays qui se régissaient suivant la loi romaine. Ainsi le testament sous la forme olographe devait être généralement en usage. Mais à l'époque où le nouveau droit romain, qui était le résultat des compilations faites sous Justinien, fut accueilli avec ardeur par les provinces qui se régissaient par le droit écrit, et qui regardèrent ce nouveau droit comme leur loi propre, il se fit un changement. La forme olographe fut conservée dans les pays de Coutume, et elle disparut des pays de droit écrit, si ce n'est pour les cas dans lesquels cette forme est admise par le nouveau droit romain.

Les pays de droit écrit de la province d'Auvergne se maintinrent cependant dans l'usage des testamens olographes, comme ceux qui étaient régis par la Coutume de la même province.

Indépendamment de l'ancienne observation en France du Code théodosien, Henrys, liv. 5, quest. 67, pour prouver l'origine de cet antique usage, qui s'était conservé particulièrement dans les pays de droit écrit de la province d'Auvergne, dit que les Goths s'étant rendus maîtres de toute l'Espagne, et d'une partie de la Franco, savoir, du Languedoc, de la Gascogne, du Limousin, de l'Auvergne et d'autres provinces voisines, Alarie, leur roi, gendre de Théodoric, après avoir affermi son état, et établi le siège de

que y était aussi admis comme dans tous les autres lieux qui se régissaient par le droit écrit. J'y ai vu se présenter la

son empire en la ville de Toulonse, fit, en l'an 470, qui était le 22^e de son règne, publier le Code théodosien, avec les notes et additions d'*Ananus*, son chancelier, pour servir de loi dans ses états; que ce fut dans cette vue que le même *Ananus* joignit au Code théodosien une composition qu'il fit des réponses et décisions des anciens juriconsultes Papinien, Ulpien, Paulus, Gaius et autres, qu'il accommoda aux constitutions des empereurs, mises dans le Code théodosien, qui depuis fut appelé *Codex Theodoricianus*, par allusion au nom de Théodoric, beau-père du roi Alaric, ainsi que Cujas l'a observé, d'après l'autorité de Sidoine Apollinaire, évêque d'Auvergne.

[Tout ce que disait Henrys sur la compilation faite par Alaric, gendre de Théodoric, est confirmé par Jacques Godefroi, *Manuale juris*, pag. 46, édit. de Genève de 1726, passage où l'on remarque, comme dans le reste de l'ouvrage, une profonde érudition. Quant à l'invasion de l'Auvergne par les Visigoths, elle est attestée par une foule d'historiens : on peut voir les *Annales* de Nicole Gilles, pag. 15, v^e, et pag. 16, 1^{re}, édit. de Paris de 1565; l'ouvrage intitulé *Tableau chronologique de l'histoire de l'Europe*, pag. 2, à l'année 476; Gautier de Sibt, *Variations de la Monarchie*, et surtout l'Art de vérifier les dates, dans la *Liste chronologique et historique des rois Visigoths dans le Languedoc*, à l'article *Euric*.]

Mais ce que ne dit pas Henrys, c'est qu'il y avait une autre circonstance qui, toutes les fois que l'usage des testamens olographes fut attaqué dans les pays de droit écrit d'Auvergne, influa beaucoup sur le maintien de cet usage. Cette circonstance est que la province d'Auvergne était mêlée de pays de droit écrit et de Coutume. De certains lieux qui n'étaient souvent éloignés que d'une demi-lieue, les uns suivaient le droit écrit, d'autres étaient régis par la Coutume. On voyait ce mélange entre les différens villages d'une même paroisse. Cette différence se remarquait encore entre une ville et ses faubourgs. Or, les habitans du droit écrit, qui considéraient le testament olographe comme le plus sûr et le plus commode, avaient toujours été jaloux de jouir, comme ceux qui étaient sous l'empire de la Coutume, de la faculté de tester sous cette forme. D'ailleurs, c'était diminuer d'autant les inconvéniens qui résultaient naturellement de la diversité de législation entre des pays aussi rapprochés.

Ainsi les provinces de Lyonnais, Beaujolais et Forez, qui, avec les pays d'Auvergne qui suivaient le droit romain, et avec le Mâconnais, formaient les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris, et qui ne se trouvaient pas dans la même circonstance que les pays de droit écrit d'Auvergne, quoique depuis très-long-temps elles eussent réclamé l'usage des testamens olographes indistinctement et dans tous les cas, n'avaient pu parvenir à y être maintenues. On ne voit encore nulle part que ce même usage se fût conservé dans les autres provinces purement de droit écrit, dont parle Henrys, quoiqu'elles aient été, comme la province d'Auvergne, sous la domination d'Alaric, roi des Goths. Cet usage ne s'était perpétué que dans les pays de droit écrit d'Auvergne et dans le Mâconnais.

même question au mois d'août 1777; elle fut soumise à la décision arbitrale de MM. Grangier et Chabrol, juriscôn-

Heurys, *loco citato*, rapporte quatre arrêts qui ont confirmé des testamens olographes dans les pays de droit écrit d'Auvergne. Le premier est du 4 juillet 1601, confirmatif d'une sentence du bailli des montagnes d'Auvergne, à Aurillac; le second, du 7 août 1649, confirmatif d'une sentence de la sénéchaussée de Clermont; le troisième, du 25 janvier 1651, qui infirma une sentence du bailliage de St-Flour; et le dernier, du 20 juillet 1652.

Depuis, il est intervenu deux autres arrêts qui ont jugé de même.

Le premier fut rendu en 1741. Il confirma une sentence arbitrale qui avait été prononcée par M. Noël, conseiller en la sénéchaussée de Clermont, M. Bournet, lieutenant particulier en la prévôté d'Issoire, et M. Tixier, avocat à Clermont; laquelle sentence avait déclaré valable le testament olographe du sieur Colade, avocat à Issoire, pays de droit écrit, du 20 mai 1728.

Le second arrêt fut rendu le 20 juin 1751, après trois audiences à la grand'chambre, sur les conclusions de M. d'Ormesson, avocat général; il confirma le testament olographe fait par Jacques-Hector de Fretat de Bellsicux, le 4 septembre 1748, en faveur de Louis-Pierre de Combres de Bressolles, son parent.

Mallebey de Lamotte, avocat du Roi au siège de Bellac, rapporte ce dernier arrêt dans son ouvrage intitulé : *Questions de droit, de jurisprudence et d'usage pour les pays de droit écrit*, lettre T. Il dit qu'il tenait l'arrêt et les faits de M. Julien Dejax, ancien et célèbre avocat de la ville de Brioude, très-voisine du lieu du domicile du testateur, dont il parle, et avec raison, très-honorablement. M. Dejax avait dirigé la défense de l'héritier institué par le testament qui donnait lieu à la difficulté; et c'est de ce jurisconsulte, qui était profondément instruit de tout ce qui avait trait à cette question, que j'ai eu communication, dans ma jeunesse, d'anciens mémoires et notes, dans lesquels j'ai vu de quelle influence avait été, pour la décision de la question, la circonstance que la province d'Auvergne était mêlée de droit et de Coutume, circonstance qui n'a été relevée par aucun des auteurs qui ont écrit sur ce sujet.

Lors du Discours historique, dans lequel je devais m'expliquer sous un point de vue général, je n'avais pas cru devoir m'étendre sur un usage particulier à certains lieux d'une province. Mais étant actuellement dans le cas de le rappeler, et puisqu'il s'agit d'un usage pratiqué dans la province où j'ai pris naissance, j'ai pensé que cette note historique ne serait pas sans intérêt pour les jeunes gens de cette même province, qui se destinent au barreau. Il n'est pas inutile qu'ils aient des idées justes sur une diversité de jurisprudence qu'ils auront souvent occasion de remarquer, en étudiant l'ancienne législation, entre des pays qui se régissaient également par le droit romain.

Au surplus, le testament olographe avait encore lieu indistinctement, et dans tous les cas, à Toul et dans le pays Messin, quoique régis par le droit écrit. On peut voir, à ce sujet, Ricard, au n° 490, et le Journal des audiences, à la date du 25 mai 1655.

sultes à Riom. J'étais le troisième arbitre. Par la décision qui fut rendue en grande connaissance de cause, et à laquelle les parties acquiescèrent, le testament, quoique revêtu de toutes les formes d'un testament olographe, fut déclaré nul, parce que l'acte de suscription n'était pas revêtu de toutes les formes exigées par l'ordonnance de 1755, dont les dispositions, à ce sujet, ne présentent aucune différence avec celles du Code civil.

Je fais et je dois faire abstraction d'une décision qui m'est personnelle; mais je crois pouvoir invoquer comme un très-fort préjugé, l'opinion des deux jurisconsultes que je viens de nommer, qui, par leur immense érudition et par la solidité de leur jugement, s'étaient acquis dans la province d'Auvergne, dans les provinces voisines, et au parlement de Paris, la plus grande considération. M. Grangier nous communiqua une décision arbitrale conforme, qu'il avait rendue cinquante ans auparavant avec M. Brugière de Barante, très-célèbre jurisconsulte à Riom, dont la mémoire est encore en vénération sur les lieux (1).

(1) M. Chabrol, auteur du savant ouvrage sur la Coutume d'Auvergne, ouvrage important, non-seulement sous le rapport du droit, mais encore à raison de plusieurs dissertations historiques qu'il renferme, est mort en 1792. Il avait été long-temps avocat du Roi en la sénéchaussée d'Auvergne et siège présidial de Riom. Son père avait exercé la même charge très-honorablement. Lors de la révolution, M. Chabrol, dont nous parlons, était aussi avocat du Roi au bureau des finances de cette ville. Long-temps auparavant, ses services et ses connaissances extraordinaires lui avaient mérité d'abord des lettres de noblesse très-honorablement motivées, et dans la suite le titre de conseiller d'état.

MM. Chabrol, ses petits-fils, qui, quoiqu'à un âge peu avancé, sont déjà élevés à de hautes et importantes fonctions, prouvent que les vertus et les talens sont héréditaires dans leur famille. Ils doivent le jour à un père respectable, qu'ils ont le bonheur de posséder, qui a rempli long-temps, avec une grande distinction, les fonctions de président au présidial, et de lieutenant général criminel de la sénéchaussée d'Auvergne, à Riom, et qui a été député par l'ordre de la noblesse à l'Assemblée constituante.

M. Brugière de Barante, préfet de Genève, ancien magistrat dignitaire de la sénéchaussée de Riom, et trésorier de France au bureau des finances de la même ville, et M. son fils, préfet du département de la Vendée, descendent de M. Brugière de Barante, dont il est ci-dessus parlé. Dans quelques ouvrages on le cite de manière à prouver toute la considération dont il jouissait.

C'est aussi par cette raison, que M. Chabrol, ainsi que je le tiens de lui-même, après avoir été d'avis, dans son *Commentaire sur la Coutume d'Auvergne*, tom. 2, pag. 58, que le testament fait sous la forme olographe serait valable, quand même le testateur y aurait annoncé l'intention de le faire revêtir de la forme mystique, sans que cette intention eût été remplie, ce qui est un cas différent de celui dont je viens de parler, a ajouté, « quoique si le testateur eût appelé effectivement des témoins, mais en moindre nombre » que celui requis par la loi, le testament eût dû, *sans difficulté*, être déclaré nul et imparfait. » Ce qui rentre dans la question que je viens de traiter.

Relativement à la question sur laquelle cet auteur s'est principalement expliqué, on sent qu'elle est tellement différente de la première, qu'il n'est pas étonnant qu'elle ne doive pas être décidée de même.

En effet, lorsque le testament revêtu de toutes les formes du testament olographe, ne l'a pas été de celles qui constituent le testament mystique, et que le testateur en a seulement annoncé le projet, il n'y a pas de raison pour que le testament ne demeure pas toujours comme olographe. Le testateur a toujours voulu tester; il l'a fait en une forme admise par la loi, et il a pu renoncer à une forme nouvelle qu'il avait eue d'abord en vue, sans avoir voulu que son testament fût sans effet. C'est par cette raison, que par un arrêt du 20 juillet 1652, confirmatif d'une sentence de la sénéchaussée de Clermont, rapporté par Brodeau, sur Louet, lett. T, chap. 9, n° 9, un testament olographe fut déclaré valable, quoique le testateur eût ajouté : « Pour corroboration de tout ce que dessus, j'ai écrit et signé de ma main icelui scellé de trois sceaux de

M. Chabrol a cru devoir lui consacrer un article particulier, dans le volume des *Coutumes locales* de la province d'Auvergne, au mot *Riom*, page 493. On a remarqué que dans cette famille, ainsi que dans celle de MM. Chabrol, le mérite et les talents se sont soutenus pendant plusieurs générations de suite.

[On doit remarquer que la note ci-dessus a été écrite en 1811.]

» mon cachet ordinaire sur le repli, et après fait stipuler sur icelui par un notaire royal et sept témoins. » Il n'y avait point d'acte de suscription.

Il y a environ cinq ans que j'ai eu connaissance du testament olographe du sieur Joseph Tassy, domicilié à St.-Flour, pays de droit écrit de la Haute-Auvergne, où le testament olographe avait lieu indistinctement, ainsi que le testament mystique. Le testateur s'était ainsi expliqué : « Ai fait mon testament clos, mystique, secret, pour être » cacheté et tenu secret jusqu'après mon décès, à laquelle » époque je veux être ouvert, sans aucune formalité, par » le notaire qui aura apposé l'acte de suscription. » Des jurisconsultes très-éclairés ont été d'avis de la validité de ce testament, en le supposant toutefois isolé, sans acte de suscription, et dégagé de quelques circonstances ultérieures, qui seules pouvaient faire naître quelques difficultés.

De ce que je viens de dire, il résulte, 1^o qu'un testateur qui fait son testament olographe, doit prudemment se dispenser d'y énoncer l'intention de le faire revêtir des formes mystiques; 2^o qu'en voulant, de son testament olographe, en faire un testament mystique, il l'expose à la nullité qui dériverait de celle de l'acte de suscription.

[*Observations nouvelles sur la question. — Rétractation de l'opinion émise par l'auteur.*]

[276 bis. C'est avec autant d'honnêteté que de réserve que M. Toullier, qui a émis une opinion contraire à la nôtre, n^o 480, dit dans une note, à la suite de ce même numéro, après avoir rappelé l'opinion de M. Merlin, qui était conforme à la sienne : *M. Grenier semble d'une opinion contraire; on peut voir ses raisons et les peser.* En effet, la question était délicate, susceptible de beaucoup de difficultés, et il était facile de se méprendre sur la solution.

Nous avons dû être touchés de l'opinion de Ricard, qui paraissait précise, quoique néanmoins elle porte sur un principe général, sans venir à une désignation des cas particuliers qui peuvent se présenter, en ce qui concerne

le testament olographe qu'on aurait voulu faire revêtir des formes du testament mystique; nous avions dû être aussi touchés de l'opinion de Serre, savant professeur en droit français de l'université de Montpellier; et enfin, d'après ces deux opinions, il n'est pas étonnant que nous ayons été entraînés par celle des deux autres profonds jurisconsultes que nous avons indiqués.

Cependant nous devons avouer que nous n'avons jamais eu une parfaite conviction que cette opinion fût bien juridique. Nous sentions que les saines lumières de la raison résistaient à un principe de droit qui pouvait être mal posé, et dont l'application à la question dont il s'agit, n'était pas absolument évidente. Aussi, après l'impression de la seconde édition de notre Traité, nous eûmes du regret de ne pas avoir profité de cette circonstance, pour rétracter notre opinion, et nous annonçâmes que nous le ferions à la première occasion qui s'en présenterait.

Il n'a fallu rien moins, pour nous y déterminer, que ce qui a été dit sur cette question par M. Toullier, *loco citato*, et par M. Merlin, dans ses Questions de droit, au mot *Testament*, § 6. Ce dernier auteur, qui avait été dans le cas de porter la parole sur cette question, l'a traitée avec un soin tel qu'il serait inutile que nous la traitassions de nouveau. Nous nous en tiendrons à ce qui nous engage le plus fortement à adopter sa solution.

Un des principaux argumens que l'on emploie pour soutenir que le testament olographe doit rester sans effet, dans le cas proposé, est de dire que le testament doit être valable dans la forme qui a été choisie par le testateur, et que celui-ci n'a voulu tester qu'autant que l'acte de ses dernières dispositions serait accompli et parfait dans la forme adoptée. Mais cette présomption de volonté que l'on prête au testateur, est-elle fondée sur des bases bien solides? Le testateur ne peut-il pas avoir eu d'autres motifs légitimes? Qui pourrait affirmer qu'il n'a pas eu pour but, en prenant la forme mystique, de prévenir ou la perte qui pourrait avoir lieu pendant sa vie, de son testament qui demeurerait purement olographe, ou la sou-

straction qui pourrait en être faite après sa mort? Enfin, le testateur n'a-t-il pas pu vouloir éviter à son légataire toutes les chances et les incertitudes d'une vérification d'écriture? Si toutes ces suppositions sont possibles, comment pourrait-on admettre de préférence une présomption contraire, surtout dès qu'elle aurait l'effet d'annuler un acte parfait en soi, et indépendant des formes mystiques? Aussi les jurisconsultes romains étaient bien loin de voir, dans un surcroît de formalités employées par le testateur, un motif d'annulation, dans le cas où quelques-unes de ces formalités auraient été omises, et où le testament aurait dû avoir par lui-même son exécution, quand le testateur n'aurait nullement songé à ces formalités. Ils y voyaient, au contraire, un motif de plus pour prononcer la validité du testament. Voici à cet égard comment s'exprime Ulpien, dans la loi 3, ff. de *testamento militis* : *Nec credendus est quisquam genius testandi eligere, ad impugnanda sua judicia, sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus.*

Mais M. Merlin, après avoir parfaitement établi la validité du testament comme olographe, quoiqu'il ne puisse valoir comme testament mystique, crut devoir abandonner cette opinion quoique si bien établie, pour embrasser le parti de la nullité du testament, dans une note insérée dans la troisième édition de ses Questions de droit, à la page 269 ; et voici comment il fondait sa rétractation et l'erreur qu'il croyait lui être échappée, sur l'article 979 du Code civil, auquel, disait-il, il était étonnant que ni M. Toullier, ni nous, qui nous étions expliqués dans un sens opposé, n'eussions pas fait attention.

Cet article porte : « En cas que le testateur ne puisse » parler, mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un testament mystique, à la charge que le testament sera » entièrement écrit, daté et signé de sa main, qu'il le » présentera au notaire et aux témoins, et qu'au haut de » l'acte de suscription, il écrira, en leur présence, que le » papier qu'il présente est son testament. Après quoi, le » notaire écrira l'acte de suscription, dans lequel il sera

» fait mention que le testateur a écrit ces mots en présence
» du notaire et des témoins; et sera, au surplus, observé
» tout ce qui est prescrit par l'art. 976. »

Or, voici en substance les inductions que M. Merlin tirait de cet article, pour établir la nullité absolue du testament, dans l'espèce qui nous occupe. « Si la formalité particulière prescrite par cet article, n'est pas observée, disait-il, le testament doit être déclaré nul, en combinant cet art. 979 avec l'art. 1001, et il ne vaudra pas comme testament olographe, quoique le testateur, qui est dans la position prévue par l'article 979, eût pu faire avec effet un testament purement olographe, sans le faire revêtir des formes mystiques, ce qui est incontestable. Donc la loi ne considère ce testament que comme un projet; donc elle adopte d'une manière absolue le principe de Ricard. »

Mais, par une singularité remarquable, M. Merlin qui, en cela, s'est donné un mérite, a rétracté sa rétractation, et est revenu à sa première opinion. C'est ce qu'on voit dans le 17^e vol. de son Répertoire, au mot *Testament*, sect. 2, § 4, art. 14, page 762. Après avoir rappelé sa seconde opinion que nous venons de rapporter, il dit : *mais de nouvelles réflexions me portent à croire que je me suis trompé.* Pour abrégér, nous ne rapporterons pas ici tous les raisonnemens qu'il fait pour établir que le testament vaut toujours comme testament olographe, quoique la formalité particulière, prescrite par l'article 979 du Code, n'ait pas été observée. Il en conclut que ce n'est que comme testament mystique qu'est annulé, par l'art. 1001, le testament entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur, auquel il manque quelque une des formes auxquelles est assujettie cette manière de tester. L'art. 1001, continue M. Merlin, n'annule donc pas ce testament considéré comme olographe; seulement il s'oppose à ce qu'en cas de dénégation de l'écriture et de la signature du testateur, on y ajoute la même foi que s'il valait comme mystique. Il est plus naturel de penser, dit-il plus bas, qu'en recourant aux formes mystiques, le testateur ne l'a fait que pour épargner à ses légataires l'embarras de prouver, en cas de dénégation, que

c'est lui-même qui les a écrites, datées et signées. L'auteur rapporte encore à l'appui de son opinion un arrêt de la Cour royale d'Aix, du 18 janvier 1818.

Les raisonnemens de M. Merlin, auxquels il suffit de renvoyer, nous paraissent incontestables. Ainsi nous tenons comme certain que le testament demeure valide, comme testament olographe, lorsqu'il est entièrement écrit, daté et signé par le testateur, quoique l'acte de suscription soit nul, et que le testament ne puisse valoir comme testament mystique.

Nous avons remarqué un arrêt de la Cour royale de Poitiers, du 28 mai 1824, rendu sur cette matière, qui est rapporté par M. Dalloz, volume de 1825, 2^e partie, page 64 : cet arrêt juge d'abord qu'un testament n'est point régulièrement revêtu des formes mystiques, parce que l'acte de suscription n'indiquait pas suffisamment que ce testament avait été *présenté* par le testateur au notaire, en ce qu'il y était dit seulement *que le testateur a déclaré au notaire, en présence des témoins, que le papier contenu sous cette enveloppe contenait son testament.* Il s'agit là d'une question d'interprétation : on pourra juger facilement si, d'après les règles de la logique, il y a, ou non, équipollence de formes. Mais après avoir déclaré le testament nul comme testament mystique, la Cour royale de Poitiers a décidé que le testament pourrait valoir comme testament olographe, et voici les principaux motifs de cette décision : « Qu'un testament mystique se composant de l'écrit contenant les dispositions du testateur et de l'acte de suscription fait par le notaire, l'on ne peut pas séparer ces deux actes l'un de l'autre ; qu'ils *forment un tout indivisible*, puisqu'ils sont deux élémens essentiels du testament mystique ; que les dispositions écrites, datées et signées de la main du testateur, ne sont plus un testament olographe, dès qu'elles sont revêtues d'un acte de suscription, mais qu'elles contractent la nature du testament mystique ; que, dès lors, le sort de ces dispositions est régi par le sort de l'acte de suscription, de sorte que la nullité de celui-ci entraîne nécessairement la nullité de celui-là, at-

tendu qu'ils ne sont qu'un seul et même acte ; — Considérant d'ailleurs, que Bellorde n'a point eu l'intention de faire exécuter ses dispositions écrites isolément et comme testament olographe, puisqu'il ne l'a fait entendre d'aucune manière, et qu'il les a subordonnées, au contraire, à la validité de l'acte de suscription, en voulant que cet acte devînt le complément de ses dispositions ; — Qu'ainsi ces dispositions, ne pouvant recevoir aucun effet comme testament olographe, forment un testament mystique, et deviennent nulles par la nullité de l'acte de suscription dont elles étaient inséparables. »

On sent que ces motifs ne peuvent contrebalancer les raisonnemens que nous venons d'exposer : il faut que nous soyons bien convaincus de leur solidité, dès qu'ils nous portent à une rétractation. Mais le premier désir dont nous sommes animés, est de découvrir la vérité, et de tâcher de la faire connaître.

Mais quelque idée qu'on puisse se former sur la question de savoir si, l'acte de suscription étant nul, le testament vaut, ou non, comme testament olographe, il est toujours vrai que le testament vaut comme tel, quand même le testateur, en le faisant, aurait annoncé l'intention de le faire revêtir des formes mystiques. M. Merlin, dans la note dont nous avons déjà parlé, mise à la page 269 de la troisième édition de ses Questions de droit, confirme tout ce que nous avons dit à ce sujet. Il cite deux arrêts conformes, l'un de la Cour de cassation, du 6 juin 1815, l'autre de la Cour supérieure de justice de Bruxelles, du 11 mars de la même année.]

Le testateur a-t-il le droit de retirer des mains du notaire, soit le testament nuncupatif, soit le testament mystique, revêtu de l'acte de suscription ? — Raisons pour la négative.

27^r. C'est ici le lieu d'examiner une question qui est commune au testament par acte public et au testament mystique. Il s'agit de savoir si le testateur a le droit de retirer des mains du notaire, en donnant une décharge, soit

le testament nuncupatif, soit le testament mystique revêtu de l'acte de suscription.

Anciennement on admettait que le testateur pouvait retirer la minute du testament, lorsqu'il voulait le supprimer, ou lorsqu'il changeait de volonté. On croyait d'autant plus que cela était possible, qu'on n'astreignait pas les notaires à la nécessité de porter les testamens sur leur répertoire, parce qu'ils n'étaient sujets à l'enregistrement qu'après la mort du testateur.

Il faut encore observer que ce n'était pas à beaucoup près un usage uniforme. Il était de ma connaissance que beaucoup de notaires instruits refusaient de remettre les testamens qu'ils avaient reçus, soit nuncupatifs, soit mystiques. Ils croyaient qu'ils étaient obligés de les garder comme les minutes de tous autres actes ; que si le testateur voulait changer ses dispositions ou en faire de nouvelles, il devait faire un nouveau testament.

Il existait même un arrêt du Conseil d'état, du 25 juin 1772, rendu en exécution de lois antécédentes, qui enjoignait aux notaires de la ville de Laon, de porter sur leur répertoire tous les actes, sans aucune exception, qui seraient passés devant eux, même les testamens qu'ils avaient reçus ou qui leur avaient été déposés jusqu'alors, ensemble ceux qu'ils recevraient ou qui leur seraient déposés à l'avenir, de la date desquels ils feraient mention, ainsi que des noms, qualités et demeures des testateurs.

En se décidant d'après ce qui paraît le plus être dans les règles, et en conséquence de certaines dispositions de la loi du 25 ventôse an 11, relative à l'organisation du notariat, et encore du Code civil, il semble que les notaires doivent garder les testamens, soit nuncupatifs, soit mystiques, sauf au testateur à révoquer ses dispositions de la manière indiquée dans le Code, ou à faire un nouveau testament.

En effet, l'art. 20 de la loi du 25 ventôse, porte que les notaires seront tenus de garder minute de *tous les actes qu'ils recevront*. Cet article fait ensuite quelques exceptions à cette règle, mais les testamens n'y sont pas compris.

Il est dit dans l'art. 29 de la même loi : « Les notaires » tiendront répertoire de tous les actes qu'ils recevront. » Cet article, ne faisant aucune distinction, comprend les testamens reçus par les notaires, comme les autres actes. Cet article doit cependant être entendu, pour son exécution, dans le sens de l'art. 14 de la première loi du 19 décembre 1791, relative au droit d'enregistrement, où il est dit : « Les testamens ou actes de dépôt, lorsqu'ils seront » faits devant notaires, et les actes de dépôt des testamens » faits sous signature privée, seront aussi inscrits sur les » répertoires, sans autre indication que celle de la date » de l'acte et du nom du testateur, et sans que le préposé » puisse prendre communication de ces actes, ni aucunes » notes qui y soient relatives, avant le décès des testateurs. »

De plus, il est dit, dans l'art. 1035 du Code civil, que les testamens ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaire, portant déclaration du changement de volonté.

Cet article seul suffirait pour faire rejeter l'opinion que les notaires peuvent se dessaisir des testamens qu'ils ont reçus.

De ce que le testateur aurait retiré son testament, on en ferait résulter sans doute un changement de volonté, ce qui reviendrait à un nouveau testament qui révoquerait le premier, ou ce qui au moins en aurait tout l'effet.

Mais toute révocation de volonté, d'après la loi, ne peut être constatée qu'avec les formes qu'elle indique dans l'art. 1035, dont je viens de rapporter les expressions. Cette révocation de volonté est assimilée par la loi à de nouvelles dispositions, car c'est disposer nouvellement que de révoquer une disposition déjà faite. Or, ce serait aller contre la sagesse et le vœu de la loi, que de permettre cette disposition nouvelle dans l'obscurité, en abandonnant le testateur à des mouvemens de caprice, ou à des séductions qui seraient souvent pratiquées. Ce testateur pourrait croire encore que les dispositions contenues dans le testament

qu'il aurait retiré, devraient avoir leur effet, s'il laissait à sa mort le testament sain et entier parmi ses papiers, surtout s'il s'agissait d'un testament mystique, et si ce testament se trouvait dans la même enveloppe et avec les mêmes cachets. Et l'on sent aisément que ce serait là le germe de beaucoup de difficultés.

Ce serait en vain qu'on opposerait que le testament appartient absolument au testateur; que c'est uniquement pour lui qu'il est entre les mains du notaire, et qu'en le retirant il ne blesse l'intérêt de personne.

Indépendamment des dispositions précises de la loi du 25 ventôse an 11, et du Code civil, qui s'élèvent contre cette objection, elle peut se réfuter encore d'une autre manière.

Supposons qu'il fût question d'un acte vraiment synallagmatique, et que toutes les parties obligées et intéressées voulussent se départir de son exécution, et invitassent le notaire à leur remettre la minute, même moyennant une décharge en forme; le notaire pourrait-il y consentir? La négative est sans difficulté. Or, on sent l'affinité qu'il y a entre ce cas et celui du testament que le testateur voudrait retirer. Et si dans le premier cas l'acte ne peut être retiré des mains du notaire, il doit en être de même dans le second.

Ce serait encore en vain qu'on voudrait soutenir l'opinion contraire, au moins relativement au testament mystique, en invoquant l'art. 916 du Code de procédure civile, qui porte « que si lors de l'apposition des scellés, il est » trouvé un testament ou autres papiers cachetés, le juge » de paix en constatera la forme extérieure, le sceau et » la suscription, s'il y en a; qu'il paraphera l'enveloppe » avec les parties présentes, si elles le savent ou le peuvent, etc. » en disant que d'après ces mots, la suscription, l'enveloppe, le législateur a supposé qu'un testament mystique peut se trouver au pouvoir d'un testateur à son décès.

Il est évident que dans cet article les mots *suscription* et *enveloppe* sont employés dans une autre acception que

celle qui est relative à un testament mystique. Il faut les entendre dans un sens plus étendu, qui peut s'appliquer non-seulement à un testament olographe, mais encore à tous autres papiers qui, comme le testament olographe, peuvent être enfermés dans une enveloppe, sur laquelle il peut y avoir une suscription, ce qui arrive fréquemment.

Ce qui achève de prouver que le législateur a employé ces expressions dans ce sens général, et sans aucune application au testament mystique, c'est la disposition de l'art. 919 du même Code de procédure civile; il y est dit : « Si » les paquets cachetés paraissent, par leur suscription, ou » par quelque autre preuve écrite, appartenir à des tiers, le » président du tribunal ordonnera que ces tiers seront » pelés, dans un délai qu'il fixera, etc. » De cette disposition, il se tire avec certitude la conséquence que le législateur a pu parler de *suscription*, *d'enveloppe*, sans songer au testament mystique.

Ainsi, les dispositions des art. 20 et 29 de la loi sur le notariat, celles de l'art. 1035 du Code civil, s'élèvent contre l'idée que le notaire puisse se dessaisir du testament qu'il a reçu comme notaire. Le testateur a seulement la liberté de faire de nouvelles dispositions à son gré. Si, lorsqu'il teste sous la forme mystique, il prévoit qu'il pourra changer de dispositions, et qu'il aura besoin de revoir celles qu'il aura déjà faites, il pourra en retenir une copie, s'il craint de les oublier.

[*Avis du comité de législation du Conseil d'état, qui confirme l'opinion de l'auteur.*]

[277 bis. L'opinion que nous venons d'émettre a été pleinement confirmée, et à peu près par les mêmes motifs, par un avis du comité de législation du Conseil d'état, du 7 avril 1821 : il est rapporté par M. Merlin, 17^e vol. du Répertoire, au mot *Notaire*, § 5, n^o 6. On sent qu'il est essentiel de le mettre sous les yeux, pour s'en pénétrer, avec d'autant plus de raison qu'il s'en tire des conséquences très-importantes, que nous ferons remarquer dans la suite,

surtout lorsque nous en serons au mode de révocation des testamens.

Cette diversité d'opinions, dit M. Merlin, qui, ainsi que MM. Toullier et Delvincourt, avait été d'une opinion opposée à la nôtre, dans une matière où il importe autant que les notaires aient une règle fixe, a déterminé un sous-secrétaire d'état du département de la justice, à soumettre au comité de législation du Conseil d'état la question de savoir « si, lorsqu'un testateur est dans l'intention de révoquer ses dispositions de dernière volonté, et que le testament qui les contient a été fait par acte public, le notaire qui l'a reçu dans ses minutes peut en rendre l'original au testateur. » Et voici quel a été, le 7 avril 1821, l'avis de ce comité :

« Vu l'édit de mars 1693, la déclaration de 1725, la loi du 25 ventôse an 11, articles 20 et 22 ;

» Considérant, 1^o qu'aux termes de l'article 20 de la loi du 25 ventôse an 11, les notaires sont tenus de garder minute de tous les actes qu'ils passent ;

» Que, suivant le même article, il n'y a d'exception à cette règle, que pour les actes simples, qui peuvent être expédiés en brevet ;

» Que les actes simples sont, ainsi que le mot l'indique, ainsi que la déclaration de 1725 l'entendait, ainsi que le rapporteur de la loi du 25 ventôse l'a expliqué au Corps législatif, ceux dont le contenu, la nature et les effets ne présentent qu'un objet ou un intérêt simple en lui-même, et passager ;

» Que l'on ne peut dès lors comprendre sous la dénomination d'actes simples, les testamens qui, quant à leur contenu, à leur nature et à leurs effets, sont, sans contredit, les actes les plus sérieux et les plus solennels ;

» D'où la conséquence que les testamens par acte public ne peuvent être expédiés en brevet, et doivent nécessairement être passés en minute ;

» Considérant, 2^o que, d'après l'art. 22 de la loi précitée, de ventôse, les notaires ne peuvent se dessaisir d'aucune de leurs minutes, si ce n'est en vertu d'un jugement, et à la charge que la pièce extraite de leur étude y soit réintégrée ;

que cette disposition étant générale, s'applique aux minutes des testamens, comme à celles des autres actes; d'où il suit que les notaires ne peuvent se dessaisir, de leur autorité privée, de l'original d'un testament qu'ils ont reçu;

» Considérant, 3^e que si l'édit de 1693 permettait aux notaires de remettre, sans aucune formalité, à un testateur, la minute même de son testament, cette disposition étant inconciliable avec l'art. 22 de la loi de ventôse, est par cela même formellement abrogée, et que l'on ne peut en exciper;

» Considérant, 4^e que les dispositions de la loi de ventôse ne gênent en aucune manière la liberté des testateurs, puisque, s'ils veulent révoquer en tout ou en partie leurs testamens, il n'est pas nécessaire qu'ils en suppriment la minute : l'art. 1035 du Code civil leur indique un moyen non moins facile et plus propre que tout autre à les garantir de toutes suggestions et surprises;

» Le comité de législation du Conseil d'état est d'avis que les notaires ne peuvent remettre au testateur l'original du testament qu'ils ont reçu; que cet acte ne peut être révoqué en tout ou en partie, que suivant les formes prescrites par l'art. 1035 du Code civil. »

M. Merlin fait une dissertation dans laquelle il s'efforce de prouver que l'avis est contraire aux principes de la matière. Nous n'avons, à cet égard, qu'une observation à faire, et qui nous paraît décisive, c'est que M. Merlin ne cesse de se fonder sur d'anciennes lois, sur d'anciens réglemens ou d'anciens arrêts, dont la disposition étant contraire à la loi du 25 ventôse an 11, et même, au moins implicitement, à l'art. 1035 du Code civil, ne peut être regardée que comme abrogée. Nous pensons aussi que ce n'est pas avec plus de succès qu'il a combattu l'application que le comité de législation du Conseil d'état a faite de la loi sur le notariat, et de cet article 1035, relativement à leur sens et à leur substance. En sorte que nous croyons devoir persister dans les motifs sur lesquels nous avons fondé notre opinion.

M. Merlin termine l'article par deux considérations : 1^e Exiger, dit-il, que les testateurs qui veulent révoquer leurs

testamens, le fassent par des actes exprès, c'est, comme le disait le procureur général du parlement de Toulouse, dans le réquisitoire sur lequel a été rendu l'arrêt du 15 novembre 1738 (que M. Merlin rapporte auparavant), les exposer à des frais superflus, qui deviendraient nécessaires; 2° c'est faire pis encore, c'est les priver de la consolation de cacher aux héritiers qu'ils affectionnent les accès passagers d'humeur qu'ils ont eus contre eux, et qui les avaient d'abord portés à disposer à leur préjudice.

Mais, en supposant que ces considérations fussent aussi fondées qu'elles le paraissent à M. Merlin, elles doivent, sans contredit, céder à des lois précises, postérieures à l'arrêt qu'il invoque. D'ailleurs, la dernière considération morale que fait valoir M. Merlin (car la première a un intérêt trop faible pour qu'on s'y arrête), est combattue par une autre considération morale, que nous regardons comme bien plus puissante, c'est que, comme nous l'avons dit, on doit prémunir un testateur contre des mouvemens de caprice, ou des séductions qui seraient pratiquées dans la vue de lui faire retirer son testament.]

SECTION IV.

DU TESTAMENT MILITAIRE, DE CELUI QUI EST FAIT EN TEMPS DE PESTE, DU TESTAMENT FAIT SUR MER, DU TESTAMENT FAIT EN PAYS ÉTRANGER.

Ces testamens sont soumis à des règles qui leur sont particulièrement propres.

278. Ce que j'ai dit dans le Discours historique, sur les trois premières espèces de testamens, me permet de me renfermer dans une très-grande brièveté. En comparant les observations qu'on y trouve avec les dispositions du Code civil, qui concernent ces sortes de testamens, on aura facilement une idée des rapports et des différences de la législation ancienne et de la nouvelle; ce qui était l'objet essentiel. Les articles du Code civil relatifs à cette matière sont tellement

précis, que tous soins seraient superflus pour faciliter l'intelligence de leurs dispositions, qu'on peut d'ailleurs regarder comme purement réglementaires.

Je ferai seulement une remarque générale sur toutes ces espèces de testamens; c'est que le législateur a tracé des règles qui leur sont particulièrement propres; en sorte qu'à leur égard, il faut faire abstraction des règles que le législateur avait déjà posées relativement aux autres testamens. Cela résulte du texte de la section 2^e du chapitre 5 du titre du Code, *des donations et testamens*, dans laquelle il est question de ces testamens, autres que les testamens olographe, public et mystique, qui est ainsi conçu : *Des règles particulières sur la forme de certains testamens*. Ces termes emportent évidemment avec eux une idée de limitation et d'application particulière de ces règles, par abstraction à toutes autres.

Règles concernant le testament militaire, le testament fait en temps de peste, et le testament fait sur mer. — Doit-il y être fait mention des signatures?

279. Les règles qui concernent les testamens des militaires et des individus employés dans les armées, se trouvent dans l'article 981 et dans les suivans, jusques et compris l'article 984.

On voit celles qui ont trait aux testamens faits dans un lieu avec lequel toute communication serait interceptée, à cause de la peste ou autre maladie contagieuse, dans les articles 985, 986 et 987.

L'article 988 et les suivans, jusques et compris l'article 997, contiennent les règles relatives au testament fait sur mer.

Les dispositions de l'article 998 sont communes à ces trois espèces de testamens. Il y est dit que ces testamens seront signés par les testateurs et par ceux qui les auront reçus; que si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait mention de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer; et enfin, que dans les cas où la présence de deux témoins est requise, le testament sera signé

au moins par l'un d'eux, et qu'il sera fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé.

On suppose que le testateur, les témoins et celui qui reçoit le testament aient signé, mais qu'il n'en ait pas été fait mention dans le testament; ce défaut de mention donnerait-il lieu à la nullité? Ce qui pourrait porter à se décider contre la nullité, c'est que cette mention n'est exigée que par l'art. 14 de la loi sur le notariat, et qu'elle ne se trouve pas dans les règles particulières aux testamens dont il s'agit. Mais on sent que pour éviter cette difficulté, les personnes qui recevront ces testamens agiront sagement, en y énonçant la mention qu'elles, le testateur et les témoins ont signé.

[Quand on pourrait supposer la nécessité de la mention des signatures, cette nécessité ne pourrait avoir lieu que pour les signatures du testateur et des témoins. On ne pourrait exiger la mention de la signature de celui qui recevrait le testament. La raison en est que d'après l'interprétation donnée à la loi du 25 ventôse an 11, par un avis du Conseil d'état, du 16 juin 1810, que nous avons cité au n° 243, la peine de nullité prononcée par l'article 68 de cette loi, ne doit être appliquée qu'au défaut de mention de la signature, soit des parties, soit des témoins, et ne doit pas être appliquée au défaut de la mention de la signature des notaires qui ont reçu l'acte. On sent facilement qu'il devrait en être de même, et à plus forte raison, du défaut de mention de la signature de la personne qui reçoit un testament de la nature de ceux dont il s'agit.

Mais, en faisant abstraction du conseil de prudence que nous avons cru devoir donner, nous pensons, en point de droit, qu'il est sans difficulté que le défaut de mention que le testateur et les témoins et les personnes qui ont reçu ce testament ont signé, ne donnerait lieu à aucune nullité. La certitude de cette décision résulte de ce que nous avons dit au n° 278. Il n'y a d'autres formalités rigoureuses établies pour les testamens dont il est question, que celles qui sont prescrites par les articles qui composent la section 2 du titre 2, livre 3 du Code civil.

Par une suite de ce qu'on doit se renfermer dans ces for-

malités, on doit remarquer une différence essentielle à faire entre la mention de la déclaration de ne savoir ou pouvoir signer de la part du testateur, et cette même mention concernant les témoins. L'article 998 du Code porte que, si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, *il sera fait mention de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer*. Et, à l'égard des témoins, il est dit dans le même article, que dans le cas où la présence de deux témoins est requise, le testament sera signé au moins par l'un d'eux, et qu'il sera fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé. Mais il n'est ajouté, ni qu'il sera également fait mention de la déclaration faite par ce témoin de son ignorance ou impossibilité de signer, ni qu'il sera nécessaire d'exprimer que ce témoin a déclaré lui-même la cause qui l'a empêché de signer, forme rigoureusement exigée à l'égard du testateur, par cet article 998, comme pour les testamens ordinaires, d'après l'article 973. Or, on sent qu'on ne doit exiger en ce qui concerne les témoins que ce qui est prescrit par rapport à eux. On ne peut ajouter aux formes établies, et créer une nullité que la loi ne prononce pas.

On peut faire le même raisonnement sur la différence qui existe, pour les testamens ordinaires, entre la mention exigée par l'article 973, lorsqu'il s'agit du testateur, et celle qui est prescrite par l'article 974, lorsqu'il est question des témoins. Telle est aussi l'opinion de M. Merlin, 17^e vol. du Répertoire, au mot *Signature*, § 3, art. 2, pag. 559.]

J'ai vu élever une difficulté assez embarrassante, relativement à l'exécution de l'art. 981 du Code civil, touchant le testament militaire.

Le testament d'un militaire avait été reçu par un commissaire des guerres, avec les formalités établies par cet article 981. Celui qui avait reçu le testament en avait donné une copie en forme, et il s'était retenu la minute. La personne qui était nommée légataire universelle par le testament, demandait la délivrance du legs à la mère du testateur. Celle-ci opposait que, d'après l'art. 1354 du Code civil, la minute doit être rapportée. On lui répondait que l'officier qui avait

reçu le testament avait eu caractère pour délivrer une expédition, et que, d'après l'article 1535, cette expédition faisait foi comme l'original.

Non-seulement l'application de ces deux articles 1534 et 1535, aurait pu prolonger les contestations, mais encore il en aurait été de même des articles 221 et 222 du Code de procédure civile, si on eût voulu les appliquer à la question.

On sent que la circonstance, qu'un commissaire des guerres, ou un officier militaire, qui aurait reçu un testament, peut demeurer saisi de la minute de ce testament, présente des inconvéniens graves.

Il semble qu'il serait à propos qu'un règlement les fit cesser. On y parviendrait en prenant pour le testament militaire la même précaution que le législateur a prise pour le testament fait sur mer.

Il est dit dans l'article 990 du Code civil, en ce qui concerne ce testament, que, dans tous les cas, il en sera fait un double original.

Il est ajouté dans l'article 991, que si le bâtiment aborde dans un port étranger dans lequel se trouve un consul de France, ceux qui auront reçu le testament seront tenus de déposer l'un des originaux, clos ou cacheté, entre les mains de ce consul, qui le fera parvenir au ministre de la marine, et celui-ci en fera faire le dépôt au greffe de la justice de paix du lieu du domicile du testateur.

Les articles 992 et 993 prescrivent encore de nouveaux moyens pour assurer le dépôt de ce testament.

La difficulté que nous venons d'indiquer, relativement au testament militaire, s'aplanirait si les mêmes précautions étaient établies, en substituant le ministre de la guerre à celui de la marine. On pourrait enfin prendre d'autres moyens qui pourraient être également convenables.

J'ignore qu'il ait été fait un règlement à ce sujet ; et, dans l'incertitude, j'ai cru pouvoir présenter la difficulté, et appeler des mesures pour y remédier.

Comment peut disposer le Français en pays étranger. — La loi étrangère régit la forme du testament par acte authentique. — De l'enregistrement des testaments faits en pays étranger.

280. A l'égard du Français qui se trouvera en pays étranger, il pourra faire ses dispositions testamentaires sous la forme olographe. Art. 999. La certitude de cette forme est toujours la même, quelque part que soit le testateur. La loi accordant à tout Français la faculté d'être lui-même ministre de ses dispositions, lorsqu'il peut les écrire, les dater et les signer, la circonstance d'un voyage du testateur en pays étranger ne saurait être une raison de le priver de cet avantage; il peut toujours réclamer les lois de son pays.

Mais s'il ne peut faire un testament olographe, il peut en faire un par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où il sera passé. Même article 999. Le Français absent doit toujours jouir des droits civils que lui accorde la loi de sa patrie. Mais ne pouvant être question dans le pays étranger où il se trouve, des formes qui sont observées d'après la loi française, qui y seraient d'ailleurs inconnues, il devient alors indispensable de recourir aux formes reçues et usitées dans le pays étranger. Ce sont même les seules qui doivent être employées.

Ainsi, lorsqu'autrefois la France était divisée en tant de législations diverses, le Français qui était hors de son domicile, et qui voulait tester par acte authentique, ne pouvait le faire que sous les formes qui étaient admises par la loi du lieu où il se trouvait. L'acte, quant à sa forme, était soumis à la loi du lieu où il était passé. C'est ce qui avait donné lieu à cette maxime de droit, *locus regit actum*.

Mais il est bien entendu que c'est à la forme du testament que se borne l'empire de la loi étrangère. L'effet du testament et l'ordre des successions sont toujours sous la dépendance de la loi française, et pour les immeubles qui sont dans le territoire du royaume de France, et pour les meubles, quelque part qu'ils soient.

Cependant l'exécution des testamens faits en pays étranger, est soumise à la formalité d'un enregistrement, qui est clairement expliquée dans l'article 1000. On sent qu'il est indispensable que les héritiers appelés par la loi, connaissent les dispositions contenues dans ces testamens et soient mis en état d'en examiner la validité.

SECTION V.

DES INCAPACITÉS PHYSIQUES QUI EMPÊCHENT DE TESTER ,
OU QUI NE PERMETTENT DE TESTER QUE SOUS CERTAINES
FORMES.

Quelles sont ces incapacités. — De l'aveugle. — Peut-il faire un testament olographe ? — Du testament olographe fait avant la cécité.

281. IL y a des incapacités civiles de tester. Comme, pour la plupart, elles sont communes à la faculté de donner entre vifs, je me suis expliqué à cet égard, dans la première partie, tant pour le testament que pour la donation entre vifs, afin d'éviter des répétitions. J'y ai aussi parlé, par la même raison, des cas de démence et d'aliénation d'esprit.

Il ne me reste donc qu'à m'occuper des incapacités tenant à l'état physique sans aliénation d'esprit, desquels il résulterait ou l'impossibilité absolue de tester, ou la faculté de le faire seulement avec de certaines formes, et non avec d'autres.

J'ai eu occasion de dire, dans cette seconde partie, au commencement de la section III, que *l'aveugle* ne peut point tester sous la forme mystique; il ne le peut donc que par acte public.

L'article 7 de l'ordonnance de 1755, voulait qu'il fût appelé un témoin de plus au testament de l'aveugle, au moins pour le pays de droit écrit, ce qui dérivait de la loi *Hac consultissimè*. Mais cette forme, dont on sent aisément la superfluité, a disparu du Code civil.

Cependant le testament olographe que l'aveugle aurait fait avant son état de cécité, devrait avoir son effet. Il prendrait sa force, comme un pareil testament fait par toute autre personne, de la persévérance de volonté du testateur, qui ne se présume pas moins quoiqu'il soit devenu aveugle.

M. Bergier, dans une note sur Ricard, *des Donations*, pages 52 et 53, a pensé que rien n'empêchait qu'on ne déclarât valable le testament olographe qu'un aveugle aurait pu faire, même dans son état de cécité. Il invoque un arrêt du 29 mai 1770, rapporté par Denisart, au mot *Testament*, n° 160, qui a ordonné l'exécution du testament olographe de la dame Ménage de Pressigny, qui était aveugle au moment qu'elle l'avait écrit, daté et signé.

Cette opinion n'est pas sans difficulté. Le caractère du testament olographe est d'être fait par le testateur seul : or, un aveugle, quelque habitude qu'il ait pu conserver de l'écriture, pourrait-il bien se flatter d'écrire son testament, de le dater et signer, de manière à ce qu'il n'y eût aucun des inconvénients que cet état fait naturellement craindre, qu'on prévoit assez sans les détailler, et qui pourraient rendre le testament illisible et nul. Si on suppose qu'il se fasse aider et guider par un tiers, alors la possibilité des insinuations et des surprises ne se présente-t-elle pas à l'esprit ? et ne s'élève-t-il pas un doute légitime sur la validité d'un testament fait dans une semblable circonstance ? Où est cette garantie, si fortement exigée par la loi, de la certitude des volontés du testateur ?

Aussi Denisart avait-il d'abord posé en principe qu'un aveugle ne pouvait tester que par testament public fait devant notaire. Il paraît que c'est un annotateur qui a ajouté de suite la citation de l'arrêt de 1770. Les héritiers soutenaient avec force qu'une personne en état de cécité n'avait pu faire un testament olographe ; et un arrêt isolé qui semble avoir jugé le contraire, peut-être par des circonstances inconnues (la cécité pouvait n'être pas complète), peut-il fixer les opinions sur un fait sur lequel le sentiment et la raison instruisent suffisamment ? La prudence exige donc qu'une

personne aveugle prene la seule mesure que la loi permette relativement à son état, afin d'assurer l'exécution de ses dernières volontés.

Du sourd qui n'est ni muet ni aveugle, et qui sait lire et écrire. — De celui qui sait seulement lire. — De celui qui ne sait ni lire ni écrire. — De quel sourd il est question.

282. Le sourd, qui n'est ni muet ni aveugle, et qui sait lire et écrire, peut faire un testament olographe. Cela est de toute évidence, puisque le caractère propre de ce testament est qu'il soit entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur, ce qui peut être fait par une personne atteinte de surdité, comme par toute autre.

S'il sait lire, il peut faire un testament sous la forme mystique. Pour remplir les formalités de ce testament, il suffit de savoir lire et de pouvoir parler. Aussi l'art. 978 n'interdit cette forme de tester *qu'à ceux qui ne savent ou ne peuvent lire.*

Mais s'il ne sait ni lire ni écrire, il ne peut tester en aucune manière. Le testament par acte public est principalement établi pour ceux qui ne savent ni lire ni écrire; mais la garantie exigée par la loi pour la certitude de cette espèce de testament, consiste dans la lecture qui doit en être faite au testateur : or, on ne peut supposer raisonnablement quelque effet dans une lecture faite à un sourd.

Mais tout ce que je viens de dire relativement au sourd, ne doit s'entendre que de celui qui est atteint d'une surdité complète. On ne devrait point l'appliquer à celui qui entend difficilement, mais qui enfin entend à l'aide de l'élévation de la voix, et qui donne des preuves qu'il entend. C'est ce qui a été observé avec raison par Justinien, au tit. 12, liv. 2 des Institutes, § 3 : *Utique autem de surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tardè exaudit.*

Du muet et du sourd-muet. — S'ils savent lire et écrire, ils peuvent tester sous la forme mystique. — Formalités à suivre en ce cas.

283. A l'égard du muet et du sourd-muet, il est hors de doute qu'ils ne peuvent tester par acte public, puisque

la première condition de la validité de cette espèce de testament est que le testament soit *dicté* par le testateur ; en sorte que s'ils ne savaient ni lire ni écrire, ils ne pourraient tester en aucune manière. Aussi la loi 29, au Code de testament., etc., disait-elle à ce sujet : *Si talis est testator qui neque scribere, neque articulatè loqui potest, mortuo similis est.*

Mais s'ils savent lire et écrire, ils peuvent tester sous la forme mystique, d'après l'art. 979, qui exige, dans ce cas, de nouvelles formalités.

« En cas que le testateur, y est-il dit, ne puisse parler, » mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un testament » mystique, à la charge que le testament sera entièrement » écrit, daté et signé de sa main, qu'il le présentera au » notaire et aux témoins, et qu'au haut de l'acte de sus- » cription, il écrira en leur présence que le papier qu'il » présente est son testament : après quoi, le notaire écrira » l'acte de suscription, dans lequel il sera fait mention que » le testateur a écrit ces mots en présence du notaire et des » temoins ; et sera au surplus observé tout ce qui est pres- » crit par l'art. 976. »

En astreignant, dans ce cas particulier, le testateur à l'obligation d'écrire, de dater et signer le testament, ce qui n'est point nécessaire pour toutes autres personnes qui veulent tester sous la forme mystique, puisqu'il suffit qu'elles sachent lire, et en établissant les autres formalités prescrites par cet article, le législateur a parfaitement suppléé au défaut de la parole de la part du testateur, et il a procuré les moyens suffisans de s'assurer de sa volonté.

Le muet et le sourd-muet peuvent faire un testament olographe.—Motifs de décision.—De quel muet il est question.

284. Mais le *muet* et le *sourd-muet* peuvent-ils faire un testament olographe ? Il y a tout lieu de se décider pour l'affirmative.

On ne peut pas dire que la faculté de faire un testament mystique, accordée par l'article 979 à celui qui ne peut par-

ler, soit limitative et exclusive de toutes autres. Il est bien vrai, en général, qu'on ne peut mêler les formes des différens testamens, qu'il faut opter entre les diverses formes et que l'option une fois faite, le testament pour lequel on s'est décidé, doit être jugé d'après les formes qui lui sont particulières. Cependant, on ne peut se dissimuler que le principal objet de la faculté de tester sous la forme mystique, est de pouvoir rendre secrètes les dispositions du testateur; mais rien n'empêche le testateur, s'il ne veut pas user de cette faculté, de laisser son testament sous la forme olographe. Or, l'article 979 ne s'explique point, à cet égard, dans le sens d'une différence entre le testateur qui ne peut parler et tous autres testateurs. Il en résulte bien qu'il a voulu ajouter de nouvelles formalités à la suscription du testament mystique de celui qui ne peut parler; mais on ne saurait en conclure qu'il ait entendu le priver de la faculté de faire un testament olographe, en remplissant les conditions de ce testament, qui sont qu'il soit écrit, daté et signé de la main du testateur, ce qui peut avoir lieu, abstraction faite de toute indisposition physique, pourvu que l'esprit soit sain.

Il semblerait bien que par l'art. 8 de l'ordonnance de 1755, on aurait voulu borner la faculté de tester de la part de celui qui ne pouvait parler, à la forme mystique. Il était dit dans cet article : « Si le testateur ne peut parler, soit » par un défaut naturel ou autrement, il ne pourra faire » des dispositions à cause de mort, que dans la forme portée » par les articles 9 et 12 ci-après. » Et les dispositions de ces articles sont conformes, quant au fond, aux art. 976 et 979 du Code.

Mais je ne croirais pas qu'on doive rien induire de cet art. 8 de l'ordonnance, contre la faculté de la part de celui qui ne peut parler, de tester sous la forme olographe.

En premier lieu, sous l'empire de cette ordonnance, les auteurs ont pensé que la disposition de cet article 8, qui, sans doute, selon eux, n'avait trait qu'à la prohibition du testament nuncupatif, n'empêchait pas celui qui ne pouvait parler de faire un testament olographe. Serres le dit for-

mellement, *Instit. au droit fr.*, liv. 2, tit. 12, § 3. Pothier, *Traité des Donations testamentaires*, chap. 3, § 5, suppose cette possibilité dans la rigueur de la loi. Il craignait seulement les surprises relativement au testament olographe du *sourd et muet de naissance*; et M. Bergier, dans sa note sur Ricard, que j'ai déjà citée, admet sans difficulté que le *sourd et muet* qui sait lire et écrire, peut faire un testament olographe.

En second lieu, l'ordonnance de 1755 ne fait plus loi; et de ce que dans le Civil, il ne se trouve pas de disposition semblable à l'art. 8 de cette ordonnance, on doit conclure, en combinant l'art. 978 du Code, avec l'art. 979, que, dans l'intention du législateur, la faculté de faire un testament olographe est restée à celui qui ne peut parler, quelle que soit l'origine de cette impossibilité.

Mais ce que j'ai dit sur le *muet*, ne doit s'entendre que de celui qui est réduit à l'impossibilité absolue de parler. On ne peut l'appliquer à celui qui parlerait même avec une grande difficulté, mais qui enfin peut se faire entendre. Justinien en avait fait la remarque dans le même paragraphe des *Institutes*, que j'ai déjà cité relativement au *sourd*. *Nam et mutus is intelligitur qui eloqui nihil potest; non qui tardè loquitur.*

Il n'est aucune différence, quant à la faculté de tester, entre le MUET et le SOURD-MUET de naissance. — Hommage aux célèbres abbés de l'Épée et Sicard. — Réflexion sur les engagements que peuvent contracter les sourds-muets capables, par l'écriture, de manifester une volonté.

285. Je n'ai fait aucune différence entre celui qui est simplement *muet*, et le *sourd-muet de naissance*. Il n'en existe aucune en effet, quant à la faculté de tester, même d'après l'article 979. Ils sont tous compris sous ces termes : « En cas que le testateur ne puisse parler, mais qu'il puisse » écrire, etc. »

Les législateurs romains, notamment dans la loi 10, au Code qui *testam. fac. poss. vel non*, en accordant à celui

qui ne pouvait parler, la faculté de tester, pourvu qu'il sût écrire, supposaient que celui qui était sourd et muet de naissance, ne pouvait jamais profiter de ce bénéfice, parce qu'on le croyait hors d'état d'en remplir les conditions. Aussi Ricard, partie 1^{re}, n° 131, s'explique dans le sens de cette impossibilité. Cependant Catellan, liv. 2, chap. 49, cite un arrêt de 1679, qui déclara valable le testament d'un sourd-muet de naissance, mais qui était capable, par le moyen de l'écriture, de toutes sortes d'affaires.

Grâce au zèle et aux talens des célèbres abbés de l'Épée et Sicard, on ne serait pas étonné aujourd'hui de voir des testamens faits et écrits avec netteté et intelligence par des sourds-muets.

C'est sans doute aux merveilles opérées par ces deux bienfaiteurs de l'humanité, que faisait allusion M. Bigot-Préameneu, lorsqu'il disait, dans son exposé des motifs du titre *des donations et testamens* : « Depuis que par » les heureux efforts de la bienfaisance et du génie, les » sourds-muets ont été rendus à la société, ils sont de- » venus capables d'en remplir les devoirs et d'en exercer » les droits. » M. Bigot ne s'expliquait cependant que sur la faculté qu'a le sourd-muet qui sait écrire de manifester sa volonté pour accepter une donation, la seule dont il soit parlé dans l'article 936 du Code, et la loi garde le silence à son égard sur la faculté de donner. Quoiqu'on puisse raisonnablement remarquer quelque différence entre la capacité active de donner et la capacité passive de recevoir à titre de donation, et qu'on ne puisse pas toujours induire de l'établissement de cette dernière capacité l'existence de la première, il y a néanmoins tout lieu de penser que le sourd-muet de naissance, qui serait capable par l'écriture de manifester une volonté, pourrait faire une donation entre vifs. Tel est le résultat de ce que disait Ricard, nos 128 et 129, puisqu'il soumettait la validité des donations et des testamens des muets, des aveugles, des sourds, à la seule question de savoir si l'infirmité empêchait, ou non, de donner ou de tester, et que la dif-

ficulté qu'il se faisait relativement au sourd-muet de naissance dérivait seulement de la supposition d'une impossibilité absolue de manifester une volonté dans ce cas.

Tel est encore le sens dans lequel s'expliquait Pothier, *Traité des donations entre vifs*, sect. 1^{re}, art. 1^{er}, pag. 6 :
« Un sourd et muet, disait-il, qui ne sait pas écrire, ne
» peut donner des signes certains de sa volonté; d'où il suit
» qu'il est dans le cas de l'interdiction, et par conséquent
» qu'il ne peut donner entre vifs. Il en est autrement
» de celui qui est seulement sourd ou muet. »

Mais, osons le dire, la législation est en arrière de ce qu'a fait une administration sage et éclairée, en protégeant aussi efficacement les travaux des deux illustres amis de l'humanité que je viens de nommer. On conçoit bien que les sourds-muets qui ont acquis une intelligence propre à leur faire donner sans inconvénient des consentemens, peuvent non-seulement donner et tester, mais qu'encore ils sont capables de tous autres engagemens de la société civile à laquelle ils participent. Mais on conçoit aussi que la certitude de ces engagemens peut être soumise, à raison de l'état physique de ces personnes, à des formes particulières; que les notaires et autres officiers publics ne devraient pas être livrés au choix de celles que leur délicatesse peut leur inspirer; et que pour éloigner les entraves et vaincre les difficultés, il serait à désirer qu'ils pussent suivre des formes fixes qui seraient établies par la loi même. C'est seulement alors qu'on pourrait vraiment dire que les moyens sont en harmonie avec la fin.

Observation relative au testament militaire, à celui fait en temps de peste, ou sur mer, et au testament olographe fait par un Français, dans quelque position que ce soit.

286. Ce que je viens de dire dans cette section ne peut point s'appliquer directement au testament militaire, ni au testament fait en temps de peste, ni à celui qui est fait sur mer.

Ces espèces de testamens, ainsi que je l'ai déjà remarqué,

sont sujettes à des formes particulières, dans lesquelles il faut se renfermer, sans qu'on puisse en faire de mélange avec les formes des autres testamens. Ces formes particulières ont trait à celles du testament par acte public, mais avec cette grande différence, que ces espèces de testamens, qu'on peut regarder comme privilégiées, demandent moins de solennité, et qu'elles peuvent être reçues par des officiers publics autres que des notaires; en sorte que, dans ces cas, on ne doit reconnaître d'autres empêchemens que ceux qui, dans la nature même des choses, s'opposeraient à ce que les formalités exigées par la loi fussent remplies. Ainsi, par exemple, ceux qui ne pourraient parler, ne pourraient faire de ces sortes de testamens, parce qu'ils seraient hors d'état de manifester une volonté.

Je ferai seulement observer que quelque part, et dans quelque position qu'un Français ait fait un testament olographe, ce testament doit avoir son effet, de la même manière et pour le même temps que doit l'avoir, d'après la loi, tout testament olographe quelconque. Ce n'est plus alors un testament privilégié, c'est un testament ordinaire fait sous une forme admise généralement pour tous les citoyens qui peuvent remplir les conditions exigées par la loi pour la validité d'un pareil testament.

REMARQUES SUR LE CHAPITRE PRÉCÉDENT.

Nous avons, dans la première partie, fait connaître les dispositions de la fameuse loi du mois de nivose an 2 relatives aux donations entre vifs, et dont plusieurs sont applicables aux testamens; mais il en est quelques-unes qui n'avaient pour objet que les testamens proprement dits; nous allons en donner une courte analyse.

D'après cette loi, qui malheureusement a duré assez long-temps pour être invoquée souvent dans les tribunaux, les successions des pères, mères ou autres ascendans, et des parens collatéraux, ouvertes depuis et compris le 14 juillet 1789, et qui s'ouvriront à l'avenir ont dû être partagées également entre les enfans, descendans, ou héritiers en ligne collatérale, non-obstant toutes lois, coutumes, donations, *testamens* et partages déjà faits. — Était réptée non écrite toute clause impérative ou prohibitive insérée

dans les actes passés même avant le décret du 5 septembre 1791, lorsqu'elle était contraire aux lois ou aux mœurs, lorsqu'elle portait atteinte à la liberté religieuse du donataire, de l'héritier ou du légataire, lorsqu'elle portait atteinte à la liberté qu'il avait, soit de se marier ou de se remarier même avec des personnes désignées, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou lorsqu'elle tendait à le détourner de remplir les devoirs imposés et d'exercer les fonctions déferées par les lois aux citoyens. — Les dispositions générales de la loi ne faisaient point obstacle pour l'avenir à la faculté de disposer du dixième de son bien, si l'on avait des héritiers en ligne directe, ou du sixième si l'on n'avait que des héritiers collatéraux, au profit d'autres que des personnes appelées par la loi au partage des successions. En cas que le titre universel s'appliquât à un simple usufruit, la retenue pouvait s'élever jusqu'à la jouissance du cinquième, si ce titre avait été conféré par une personne ayant des enfans, et du tiers si le donateur était sans enfans.

La loi du 18 pluviôse an 5, qui est la première qui ait dérogué à celle du 17 nivôse, sauf celles qui précédemment avaient rapporté l'effet rétroactif, valide les actes de dernière volonté faits antérieurement à la publication des lois des 5 brumaire et 17 nivôse an 2, et qui n'avaient pas été refaits ou renouvelés depuis, dans le cas même où la loi en indiquait l'obligation; mais elle les déclare seulement réductibles jusqu'à concurrence de la quotité disponible, lorsqu'ils sont l'ouvrage 1^o de militaires décédés au service de la patrie ou de personnes mortes au service des armées; 2^o de personnes décédées en maison de réclusion, ou qui ont péri en vertu de jugemens révolutionnaires, ou qui sont demeurées cachées par suite de mises hors la loi ou de mandats d'arrêt; 3^o de personnes mortes en voyages de long cours. — Les élections d'héritier ou de légataire, et les ventes à fonds perdu, qui avaient été annulées par les art. 23 et 26 de la loi du 17 nivôse, à compter du 14 juillet 1789, furent rétablis dans leur effet primitif, si elles avaient été faites par acte ayant date certaine avant la publication de la loi susdite.

Au nombre des demandes multipliées qui furent adressées à la convention, et dont vingt seulement ont été rendues exécutoires en Belgique, il s'en trouve trois qui sont applicables à la matière qui nous occupe.

On demanda que, dans tout le territoire de la république, les dispositions qui n'offraient qu'une restitution des choses que le donateur tenait anciennement de la famille du donataire fussent exceptées de la nullité prononcée par la loi. Il fut répondu, par la loi du 22 ventôse an 2, que l'exception demandée ferait en quelque sorte revivre le système des propres ou anciens, et introduirait des distinctions souvent frauduleuses, mais plus souvent encore hérissées d'embarras et d'incertitudes; qu'enfin, et pour ne pas énerver le nouveau système, il avait bien fallu prendre les hommes et les choses en l'état où ils étaient le 14 juillet 1789, sans reporter la vue au delà.

On demanda que toutes dispositions faites avec la réserve de les révoquer, et toutes donations subordonnées au changement de la volonté du donateur n'eussent, à quelque titre qu'elles aient été faites, d'autres règles ni d'autres effets que ceux propres aux dispositions à cause de mort. Il fut répondu par la même loi qu'il résultait bien évidemment, et de l'ensemble de la loi, et des seuls termes de la raison, que les dispositions révocables au seul gré

du donateur n'étaient, dans quelques actes qu'elles eussent été inscrites, que des dispositions à cause de mort, puisque jusque là le donateur avait pu les changer.

On demanda que la loi s'expliquât particulièrement sur les dons rémunératoires et sur ceux conférés à des domestiques. Il fut répondu par la même loi que, si la loi se fût occupée particulièrement des dons rémunératoires, chacun aurait, sur ce fondement, demandé le maintien de ses avantages; et qu'à l'égard des domestiques, outre que l'on n'en reconnaissait plus, il n'avait pas dû y avoir des règles spéciales pour eux, parce que, s'ils étaient indigens, ils profiteraient des retenues légales, et que, s'ils étaient riches, ils ne méritaient pas plus de faveur que les autres citoyens.

Pour toutes les autres dispositions relatives aux testamens, et qui peuvent leur être communes avec les donations, voyez le 1^{er} volume, pag. 253.

Un avis du conseil d'état du 31 janvier 1806 a rejeté une réclamation adressée à l'autorité administrative contre une décision en dernier ressort, qui avait déclaré un testament nul.

D'après un décret du 15 juin 1812, les révocations des testamens peuvent être faites sur l'acte même.

Voyez, pour la législation relative aux legs, les dispositions que nous avons rapportées au 1^{er} volume, pag. 260, attendu que cette législation leur est commune avec les donations entre vifs. Nous ajouterons seulement que, d'après un avis du conseil d'état du 10 septembre 1808, lorsque des héritiers ou légataires universels sont grevés de legs particuliers de sommes d'argent non existantes dans la succession, et qu'ils ont acquitté le droit proportionnel sur l'intégralité des biens de cette même succession, le même droit n'est pas dû pour ces legs; conséquemment les droits déjà payés par les légataires particuliers doivent s'imputer sur ceux dus par les héritiers ou légataires universels.

Au nombre des actes de législation ancienne, cités dans le 1^{er} volume, pages 179 et 260, nous avons omis la loi du 28 mars 1793 qui déclare ouvertes au profit de l'état, les substitutions dont des émigrés étaient grevés, et annule tous les actes de libéralité qu'ils auraient pu faire depuis le 1^{er} juillet 1789, sauf quelques actes rémunératoires en faveur des nourrices, instituteurs et domestiques, maintenant néanmoins l'exécution de tous actes authentiques, lorsque l'émigration serait postérieure à la date authentique de ces actes, mais annulant définitivement tous ceux qui, à quelque date qu'ils fussent faits et signés, seraient jugés faits en fraude ou en contravention à la saisie nationale, prononcée par la loi du 9 février 1792.

Nous avons cité cette loi, afin de ne plus revenir sur une matière qui appartient à des temps malheureux qui, nous l'espérons, ne se renouvelleront pas. Quant à la législation intermédiaire, à l'exception des dons et legs faits aux communes et établissemens publics, et des dispositions fiscales, elle se rattache entièrement aux intérêts privés, sous le rapport des actes de dernière volonté, des partages, des rapports, des réserves. Nous n'aurons donc à nous occuper, dans nos remarques ultérieures, que de la concordance des deux Codes, et de la jurisprudence.

Afin de suivre l'ordre observé par M. Grenier, nous avons été obligé de scinder la loi du 28 février 1825. Les art. 7, 8, 9, 10 et 11 ont été mis

en concordance au chapitre des *substitutions fidéi-commissaires*, et les art. 40 jusques et compris 52 à celui des *donations entre vifs*; nous allons être encore obligés de ne donner qu'une partie de la loi, attendu que la section troisième n'est relative qu'à la légitime et à la réduction des libéralités qui y portent atteinte, matière que notre auteur n'a traitée qu'après celle des testaments et legs.

La loi du nouveau Code à laquelle le titre du Code français correspond est du 25 février 1825, et forme le titre 12^e du second livre. En voici le texte :

TITRE XII.

DES TESTAMENS.

SECTION PREMIÈRE.

Dispositions générales.

ART. I. Les biens qu'une personne délaisse à son décès, appartiennent à ses héritiers légitimes, pour autant qu'elle n'en aura pas légalement disposé par testament.

II. Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer.

III. Les dispositions testamentaires sont ou *universelles* ou à *titre universel*, ou à *titre particulier*.

Chacune de ces dispositions, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination d'*institution d'héritier*, soit qu'elle l'ait été sous la dénomination de *legs*, ou sous toute autre dénomination, produira son effet, suivant les dispositions du présent Titre.

IV. Toute disposition testamentaire doit être énoncée de manière que l'intention du testateur puisse être connue.

V. La disposition testamentaire au profit *des plus proches parens du testateur*, sans autre désignation, sera censée faite au profit de ses héritiers appelés par la loi.

VI. La disposition testamentaire au profit *des pauvres* sans autre désignation, sera censée faite en faveur de tous les pauvres qui participent aux secours publics, dans le lieu où la succession est ouverte, sans distinction du culte religieux qu'ils professent.

XII. Dans toute disposition testamentaire, les conditions inintelligibles, impossibles, et celles qui sont contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, seront réputées non écrites.

XIII. La condition sera réputée accomplie, lorsque celui qui aurait intérêt qu'elle ne le fût pas, en aura empêché l'accomplissement.

XIV. La mention d'une cause fausse est réputée non écrite, à moins qu'il ne résulte du testament, que le testateur n'aurait pas fait la disposition, s'il avait su que la cause était fausse.

XV. L'énonciation d'une cause vraie ou fausse, mais contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, rend nulle l'institution ou le legs.

XVI. Lorsqu'une charge indivisible aura été imposée à plusieurs héritiers ou légataires, et qu'un ou plusieurs d'entre eux renoncent, ou sont incapables de recueillir, celui qui voudra acquitter la charge en entier, aura le droit de réclamer ce qui lui est laissé, et de répéter contre la succession ce qu'il aura payé pour les autres.

XVII. Le testament extorqué par violence, ou surpris par fraude ou dol, est nul.

XVIII. Si le testateur et l'institué ou le légataire, ou si l'institué ou le légataire et leurs substitués périssent dans le même événement ou le même jour, sans qu'on puisse reconnaître lesquels sont décédés les premiers, ils seront présumés morts au même instant, et il n'y aura aucune transmission de droits en vertu du testament.

SECTION DEUXIÈME.

De la capacité de disposer ou de recevoir par testament.

XIX. Pour faire ou pour révoquer un testament, il faut être sain d'esprit.

La nomination d'un conseil, aux termes de l'article 28 du titre de l'interdiction, n'est pas seule, et par elle-même, une preuve d'incapacité.

XX. Toutes personnes peuvent disposer par testament, excepté celles qui en sont déclarées incapables par les dispositions de la présente section.

XXI. Le mineur âgé de moins de dix-huit ans ne pourra pas disposer par testament.

XXII. Le mineur parvenu à l'âge de dix-huit ans accomplis, ne pourra disposer par testament, que de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer.

XXIII. La capacité du testateur se détermine d'après son état à l'époque où le testament a été fait.

XXIV. Pour être capable de recevoir par testament, il faut exister à l'époque du décès du testateur. Cette disposition n'est pas applicable aux personnes appelées à jouir de fondations.

XXV. L'époux ne pourra pas profiter des dispositions testamentaires de son conjoint, si le mariage a été contracté sans le consentement requis, et que le testateur est mort dans un temps où le mariage pouvait encore être attaqué.

XXVI. L'homme ou la femme qui, ayant des enfans d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner par testament à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et sans que, dans aucun cas, la disposition puisse excéder le quart de ses biens.

XXVII. Le mineur, quoique parvenu à l'âge de dix-huit ans, ne pourra pas disposer par testament au profit de son tuteur.

Après sa majorité, il ne pourra disposer par testament au profit de celui qui aura été son tuteur, si le testament n'a été précédé de la reddition du compte définitif de la tutelle.

Sont exceptés, dans les deux cas ci-dessus, les ascendans des mineurs, qui sont ou ont été leurs tuteurs.

XXVIII. Les mineurs ne peuvent pas disposer par testament au profit de leurs précepteurs, gouverneurs ou gouvernantes, demeurant avec eux, ni au profit de leurs instituteurs ou institutrices, chez lesquels ils sont placés comme pensionnaires.

Sont exceptées les dispositions rémunératoires, faites à titre particulier, en égard aux facultés du disposant et aux services rendus.

XXIX. Les médecins, chirurgiens, pharmaciens, et autres personnes exerçant l'art de guérir, qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle est morte, et les ministres du culte qui l'auront assistée pendant

cette maladie, ne pourront profiter des dispositions testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de la même maladie.

Sont exceptées :

1^o. Les dispositions rémunératoires à titre particulier, comme à l'article précédent ;

2^o. Les dispositions faites au profit de l'époux du testateur ;

3^o. Les dispositions, même universelles, en faveur de parens jusqu'au quatrième degré inclusivement, si le décédé n'a pas d'héritiers en ligne directe ; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite, ne soit lui-même au nombre de ces héritiers.

XXX. Le notaire qui a reçu le testament par acte public, et les témoins qui y ont assisté, ne pourront profiter des dispositions qu'il renferme.

XXXI. Si un père ou une mère laissent des enfans légitimes et des enfans illégitimes légalement reconnus, ceux-ci ne pourront rien recevoir par disposition testamentaire du père ou de la mère, au delà de ce qui leur est accordé au titre des *Successions*.

XXXII. L'homme ou la femme adultère et son complice, ne pourront rien recevoir par testament, l'un de l'autre, pourvu que l'adultère ait été constaté par jugement avant le décès du testateur.

XXXIII. L'étranger ne pourra rien recevoir par testament dans le royaume, que pour autant que la même faveur est accordée aux Belges dans le pays auquel cet étranger appartient.

XXXIV. Toute disposition testamentaire au profit d'un incapable est nulle, lors même qu'elle est faite sous le nom d'une personne interposée.

Sont réputées personnes interposées, les père et mère, les enfans et descendans, et l'époux de la personne incapable.

XXXV. Celui qui a été condamné pour avoir donné la mort au testateur ; celui qui a soustrait, détruit ou altéré le testament ; celui qui, par violence ou voies de fait, a empêché le testateur de révoquer ou changer son testament ne peut, non plus que son conjoint et ses enfans, profiter des dispositions qu'il renferme.

SECTION QUATRIÈME.

De la forme des testamens.

LIII. Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de dispositions réciproques et mutuelles.

LIV. Le testament devra être *olographe*, ou *par acte public* ou dans la *forme mystique*.

LV. Le testament olographe doit être écrit en entier et signé de la main du testateur.

Le testateur le présentera à un notaire, assisté de deux témoins, pour être déposé parmi ses minutes.

Le notaire dressera l'acte de dépôt au bas du testament en commençant immédiatement sous la signature du testateur, et il le signera avec le testateur et les témoins, le tout sans divertir à autres actes.

Si par un empêchement survient depuis la signature du testament, le testateur ne peut signer l'acte de dépôt, le notaire en fera mention, ainsi que de la cause de l'empêchement.

LVI. Le testament olographe, déposé chez le notaire conformément à l'article précédent, a la même force que le testament par acte public. Il est censé avoir été fait le jour de l'acte de dépôt, sans égard à la date que pourrait porter le testament même.

LVII. Le testament par acte public est celui qui est reçu par un notaire, en présence de deux témoins.

LVIII. Le testateur déclarera sa volonté au notaire, qui l'écrira telle qu'elle lui est déclarée, et en donnera lecture au testateur.

La déclaration du testateur, la rédaction du testament, et la lecture qui en sera faite au testateur, auront lieu en présence de témoins.

Il est fait du tout mention expresse.

Le testament doit être signé par le testateur, le notaire et les témoins. Si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

Le tout sans diverir à autres actes.

LIX. Lorsque le testateur voudra faire un testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, ou qu'il les ait fait écrire par un autre. Sera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé.

Le testateur le présentera, ainsi clos et scellé, au notaire, en présence de quatre témoins, ou il le fera clore et sceller en leur présence, et il déclarera que le contenu de ce papier est son testament écrit et signé par lui, ou écrit par un autre et signé de lui. Le notaire en dressera l'acte de suscription, qui sera écrit sur ce papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe; cet acte sera signé tant par le testateur, que par le notaire et les témoins; et en cas que le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, ne puisse signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la cause qui l'empêche de signer.

Toutes les formalités à remplir en présence du notaire et des témoins devront l'être sans diverir à autres actes.

Le testament mystique restera déposé parmi les minutes du notaire qui l'a reçu.

LX. En cas que le testateur ne puisse parler, mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un testament mystique à la charge que le testament sera entièrement écrit, daté et signé de sa main; qu'il le présentera au notaire et aux témoins, et qu'en haut de l'acte de suscription il écrira et signera en leur présence que le papier qu'il lui présente est son testament. Après quoi, le notaire écrira l'acte de suscription, dans lequel il sera fait mention que le testateur a écrit et signé cette déclaration en présence du notaire et des témoins; et sera au surplus observé tout ce qui est prescrit par l'article précédent.

LXI. Le testament mystique devra, après la mort du testateur, être présenté au juge du canton dans lequel la succession est ouverte. Le testament sera ouvert par ce juge, qui dressera procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état du testament, et le rendra au notaire qui l'aura présenté.

LXII. Le notaire qui aura dans ses minutes un testament quelconque, sera tenu, au décès du testateur, d'en informer les personnes intéressées.

LXIII. Les témoins appelés pour être présents aux testamens devront être mâles, majeurs et habitans du Royaume. Ils devront comprendre la langue dans laquelle sont conçus, soit le testament, soit les actes de suscription et de dépôt.

Ne pourront être témoins d'un testament public les héritiers ou légataires, ni les parens ou alliés de ceux-ci, jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les fils ou petits-fils ou alliés au même degré, ni les domestiques du notaire qui recevra le testament.

LXIV. Un Belge qui se trouvera en pays étranger ne pourra faire son testament que par acte authentique, et en observant les formes usitées dans le pays où cet acte sera passé.

LXV. En temps de guerre, les militaires et autres individus attachés aux armées, se trouvant soit en campagne, soit dans une place assiégée, pourront faire leur testament devant un officier ayant au moins le grade de lieutenant, en présence de deux témoins.

LXVI. Ceux qui se trouveront sur mer pourront faire leur testament par acte passé devant le capitaine ou patron du bâtiment, ou à leur défaut devant ceux qui les remplacent et en présence de deux témoins.

LXVII. Dans les lieux avec lesquels toute communication sera défendue à cause de la peste ou autre maladie contagieuse, l'acte de dernière volonté pourra être fait devant tout fonctionnaire public, assisté de deux témoins.

LXVIII. Les testamens mentionnés dans les trois articles précédens devront être signés par les testateurs, par ceux qui les auront reçus, et au moins par l'un des témoins.

Si le testateur ou l'un des témoins déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de cette déclaration, ainsi que de la cause de l'empêchement.

LXIX. Ces testamens n'auront d'effet que pour autant que les testateurs seront décédés dans les six mois après que les causes qui les autorisent auront cessé.

LXX. Les formalités auxquelles les divers testamens sont assujétis par les dispositions de la présente section doivent être observées à peine de nullité.

CONFÉRENCE.

TIT. 12^e, 2^e LIV. DU NOUVEAU CODE. CODE FRANÇAIS.

ART. 1 ^{er} .	893.
2.	895.
3.	967 et 1002.
4.	
5.	
6.	
12.	900.
13.	
14.	
15.	
16.	
17.	
18.	
19.	901.

20.	902.
21.	903.
22.	904.
23.	
24.	906.
25.	
26.	1008.
27.	907.
28.	
29.	909.
30.	
31.	908.
32.	
33.	912.
34.	911.
35.	727.
53.	968.
54.	969.
55 et 56.	970 et 1007.
57.	971.
58.	972, 973 et 974.
59.	976, 977 et 978.
60.	979.
61.	1007.
62.	
63.	975 et 980.
64.	999 et 1000.
65.	981, 982 et 983.
66.	988 à 998.
67.	985, 986.
68.	987.
69.	984.
70.	1001.

JURISPRUDENCE.

I. Les testamens faits avant ou pendant l'exécution des lois des 17 nivose et 22 ventose an 2, sont valides. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 1^{er} brumaire an 13.*)

II. Les dispositions additionnelles dans un testament olographe, quoique signées du testateur mais non datées, sont nulles. (*Arrêt de la même Cour, du 12 mars 1806.*)

III. Un particulier qui n'a point fait enregistrer, dans les trois mois, un testament passé en sa faveur, ne peut se refuser à acquitter le droit fixe et le droit proportionnel, en soutenant qu'il n'a point hérité à titre d'héritier testamentaire, surtout s'il n'a point renoncé à ce testament dans le même délai. (*Arrêt de la même Cour, du 24 octobre 1810.*)

IV. Lorsqu'un testament mystique contient sur l'acte de suscription, ces mots : *laquelle testatrice NOUS a remis*, ce pronom NOUS peut suffire

pour désigner collectivement le notaire et les six témoins ; il ne faut pas nécessairement le restreindre à la seule personne du notaire , comme s'enonçant en sa qualité de fonctionnaire public. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles , du 15 juin 1814.*) D'après cet arrêt le verbe REMETTRE est, dans le sens des articles 976 et 1001 du Code civil, identique de celui PRÉSENTER, et l'adjectif ou le participe passif CACHETÉ est l'équivalent de ces deux-ci, CLOS ET SCELLÉ. Dans la discussion, chaque partie à interprété dans son sens les deux articles précités ; mais l'arrêt s'est borné à confirmer le jugement qui était seulement motivé par l'usage où sont parfois les notaires d'employer le pluriel, quoiqu'ils figurent seuls dans un acte.

V. Une disposition générale subséquente ne comprend pas les objets individuels dont il a été spécialement disposé. (*Arrêt de la même Cour, du 27 juillet 1814.*) Nous parlerons avec plus d'étendue de cet arrêt à l'art. des legs.

VI. Des présomptions non établies par la loi peuvent servir de preuve de la simulation, employée dans le testament d'un mineur au profit de son tuteur, à l'aide d'une personne interposée. (*Arrêt de la même Cour, de juillet 1814.*) On pouvait, dans cette affaire, faire valoir des moyens extrêmement puissans tirés de la législation romaine, et de l'opinion de ses plus célèbres commentateurs, mais, dans la discussion comme dans les considérations de l'arrêt, on n'a en reconus qu'aux moyens de présomption.

VII. Il n'est pas nécessaire, sous l'empire du Code civil, que les témoins testamentaires entendent la langue dans laquelle sont dictées et écrites les dispositions du testateur. (*Arrêt de la même Cour, du 11 novembre 1814.*) Cet arrêt était le sixième rendu dans le même sens par la Cour de Bruxelles ; et peu de temps après, sur un pourvoi en cassation, dont nous parlerons à sa date, il a eu l'opinion du célèbre et savant jurisconsulte *Daniels* qui, après avoir répandu une lumière nouvelle sur les matières les plus importantes traitées en France et dans les Pays-Bas, était devenu l'ornement du barreau des provinces Rhénanes, avait mérité de son souverain les marques les plus honorables d'estime et de confiance, et venait, après cinquante années de magistrature, d'être couronné par ses concitoyens, lorsqu'une maladie de peu de jours a converti la patrie de deuil, et imposé à l'amitié des regrets éternels.

Le premier juge avait pensé que, dans la législation actuelle, les témoins faisaient la promesse, comme dans les testamens purement nuncupatifs des Romains, de rendre témoignage des dispositions uniquement orales du testateur ; on n'il ne l'avait pas dit en propres termes, il l'avait implicitement décidé. La Cour supérieure a vu différemment, et sa jurisprudence est confirmée, non-seulement par les sept arrêts dont nous venons de parler, mais encore par la Cour supérieure de Liège, qui, dans les premiers jours de 1817, a jugé dans le même sens après une plaidoierie très-longue et très-opiniâtre.

VIII. Le mineur, émancipé, parvenu à l'âge de vingt ans ou environs, n'est pas réputé majeur, à l'effet de pouvoir disposer par testament au profit de celui qui a été son tuteur. (*Arrêt de la même Cour, du 14 décembre 1814.*) Dans la discussion de cette affaire, on avait fait de part et d'autre de grands frais d'érudition sur la question de savoir si le reliquat doit avoir été payé, pour que le compte définitif de tutelle soit censé avoir été préalablement rendu et APURÉ ; mais la Cour n'a rien prononcé sur cette question, et

son arrêt n'est fondé que sur l'art. 907 qu'elle a déclaré inapplicable à un mineur émancipé.

IX. Le testament mystique qui ne peut valoir comme tel, à défaut d'observation des formalités requises, peut valoir comme olographe, lorsqu'il est entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur, et qu'on ne peut établir qu'il ne serait qu'un simple projet. — Un testament entièrement écrit, daté et signé du testateur ne doit pas être considéré comme non olographe, par cela seul que le testateur l'a qualifié de testament mystique et secret. (*Arrêt de la même Cour, du 11 mars 1815.*) M. Grenier, notre auteur (n° 276), n'est pas le seul qui ait trouvé des difficultés dans la législation romaine sur la question qui a donné lieu à la première partie de cet arrêt. *Voët, Ricard, Perez, Stockmans*, d'autres commentateurs, et en dernier lieu, l'auteur des questions de droit les ont fait remarquer, et ont eux-mêmes été divisés d'opinion. La jurisprudence à cet égard ne pourra être irrévocablement fixée que par un arrêt de la Cour suprême. C'est elle qui pourra décider si un testament commencé dans une forme peut valoir dans une autre, parce qu'alors cette décision fera autorité.

X. L'expression *mobilier*, employée dans un testament ne comprend pas nécessairement tout ce qui est réputé meuble par la loi, lorsque l'intention du testateur est démontrée y être contraire. (*Arrêt de la même Cour, du 15 juin 1815.*) Cet arrêt est fondé sur ce que le mot *mobilier*, employé dans un testament, ne doit s'entendre que de ce qui est réputé meuble dans le langage de la loi, ce qui ne comprend pas les machines à feu, les pierres, les billets de commerce, et autres objets qui ne sont pas meubles meublans.

XI. Les lois anciennes des Pays-Bas ne prescrivaient point de formes pour l'ouverture des testaments mystiques. — Le titre du Digeste et du Code romain, *testamenta quemadmodum aperiantur*, n'était pas en usage en Belgique. (*Arrêt de la même Cour, du 24 juin 1815.*) D'après l'article 12 de l'édit perpétuel de 1611, on pouvait employer dans les testaments des témoins qui ne savaient pas écrire, et les codicilles étaient assimilés aux testaments, relativement aux formalités nécessaires pour leur validité. (*Ibid.*) Dans la discussion qui a précédé cet arrêt, on s'est demandé si on ne devait pas, en tout cas, suivre les dispositions du titre précité dans les coutumes homologuées, muettes sur ce point, et qui renvoyaient au droit romain pour les cas non prévus, et si dans la supposition négative, il ne fallait pas au moins une preuve morale de l'identité du testament produit, avec celui que le testateur avait présenté au notaire? Mais la Cour n'a rien prononcé sur ces questions, quelle que fût leur importance, surtout d'après la divergence des opinions des commentateurs.

XII. Voyez au 1^{er} volume, chapitre des donations entre vifs, page 463, un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 6 octobre 1815, dont la véritable place est ici, attendu qu'il n'est relatif qu'à la forme des testaments.

XIII. Lorsqu'un testament n'est reçu que par un notaire, il n'est pas nécessaire qu'il soit fait mention expresse qu'il lui a été dicté. — Il est satisfait à l'art. 972 du Code civil par cette mention : *j'ai écrit le testament tel qu'il a été dicté, et je l'ai lu ensuite au testateur qui a déclaré le comprendre et y persévérer, le tout lu en présence des témoins*, quoique l'article précité exige la mention expresse que le testament a été lu au

testateur en présence des témoins. — La déclaration que le testateur ne sait pas *écrire*, équivaut à celle que le testateur ne sait pas *signer*. (*Arrêt de la même Cour, du 9 décembre 1815.*) Trois arrêts de la Cour de Bruxelles avaient déjà consacré la jurisprudence établie par la première partie de cet arrêt; mais la 3^e partie a été soumise à une controverse très-remarquable, et dont il importe de faire connaître les détails. La Cour de cassation de France avait rendu, le 14 août 1807, un arrêt en matière d'inscription de faux, et sur l'application de l'art. 12 de la loi du 9 floréal an 7. Elle avait considéré que le législateur, par la disposition de cet article, avait voulu subvenir à ceux qui ne savent écrire ni signer; que cependant il n'est pas de rigueur que la déclaration d'inscription de faux soit écrite en entier de la main du déclarant qui saurait écrire; que sa signature suffit; mais que cette signature ne peut être suppléée par un acte, que d'après la déclaration faite par celui qui veut s'inscrire en faux qu'il ne sait pas *signer*; que cette déclaration, dont la fausseté pourrait même donner matière à contestation, est de rigueur à la suite de la déclaration qu'on ne sait pas *écrire*, attendu que, de ce que quelqu'un ne sait pas écrire, il ne s'ensuit nullement qu'il ne sait pas signer; et que le défant de cette déclaration suffit pour que tout acte fait pour remplacer la signature soit nul et de nul effet. — La Cour d'appel de Douay a professé la même doctrine, par arrêt du 9 novembre 1809, fondé 1^o sur ce que le notaire qui écrit un testament, en énonçant l'accomplissement des formalités prescrites par la loi doit employer, dans cette énonciation, les termes indiqués par le législateur, ou au moins des termes équivalens, exactement synonymes, exprimant les mêmes idées, sans équivoque et sans incertitude; 2^o sur ce que tel individu sachant figurer les lettres de son nom et ne sachant pas figurer les lettres de l'alphabet, sait *signer*, mais ne sait pas *écrire*; que la déclaration affirmative de savoir écrire contient nécessairement celle de savoir signer, mais qu'il n'en est pas de même de la déclaration contraire; 3^o sur ce que le testateur qui dit ne savoir pas écrire, c'est-à-dire, figurer et lier toutes les lettres de l'alphabet, n'apprend pas qu'il sait ou ne sait pas figurer au moins les lettres qui composent son nom; que ce second fait n'étant pas suffisamment constaté par la déclaration du testateur sur le premier, ne pourrait être vérifié que par une preuve testimoniale ou littérale, preuve dont le législateur a voulu prévenir et a prévenu la nécessité en exigeant que le testateur déclare, non s'il sait *écrire*, mais s'il sait *signer*. — Par un second arrêt du 11 juillet 1811, la Cour de cassation de France s'est rapprochée de la jurisprudence de la Cour de Bruxelles, en déclarant 1^o que l'arrêt attaqué (*de la Cour de Colmar*) ne s'était pas borné à reconnaître que les formalités prescrites par l'art. 973 du Code avaient été observées par équipolence, mais qu'il énonçait expressément que les deux conditions exigées par cet article se trouvaient complètement remplies; 2^o qu'elles l'étaient effectivement, tant par la déclaration du testateur de ne savoir écrire, que par l'apposition de sa marque qui suivait immédiatement la mention de cette déclaration, et indiquait qu'elle n'avait d'autre moyen de signer.

D'après cette diversité d'arrêts, la question n'est pas encore éclaircie, et a besoin d'un arrêt qui fasse autorité, pour fixer la jurisprudence.

XIV. Le testament olographe, d'après l'art. 970 du Code civil, doit être

daté de la main du testateur. En matière de conventions l'acte sous seing-privé ne fait foi de sa date qu'à compter de son enregistrement, ou du décès de celui duquel il émane. En est-il de même du testament olographe ? La Cour de Liège a décidé la négative, dans le cas même où le testateur aurait été en démente postérieurement à la date indiquée par le testament, attendu que l'art. 970 n'exige que les preuves qu'il indique, pour qu'un testament olographe fasse foi de tout son contenu, et ainsi de sa date. (*Arrêt de 1815.*)

XV. Il est requis, à peine de nullité, que dans un testament public la dictée et l'écriture se fassent en présence des témoins, et il y a lieu d'admettre l'inscription de faux de la part du successible, qui prétend prouver que les témoins n'ont été présents ni à la dictée ni à l'écriture. (*Arrêt de la Cour de cassation de Bruxelles, du 16 février 1816.*) Le procureur général *Daniels*, qui a discuté cette affaire avec son talent ordinaire, a rapporté deux arrêts de la Cour de cassation de France, l'un du 8 juillet 1808, et l'autre du 30 frimaire an 14, qui supposent comme chose certaine et indubitable que la dictée et l'écriture du testament doivent se faire en présence des témoins; la Cour a suivi ses conclusions, et a considéré 1^o que, pour que le notaire puisse, d'après l'art. 471, recevoir le testament, il faut que le testateur lui communique ses dispositions; que cette communication consiste dans la dictée suivie de rédaction par écrit (art. 972); d'où il suit que la présence des témoins à la dictée et à l'écriture est indispensable; 2^o que si la loi exige cette présence à la lecture qui n'est qu'un recolement du testament par acte public, ce ne peut être évidemment que pour rendre cette présence permanente du commencement jusqu'à la fin, mais nullement pour la borner à la seule lecture, puisqu'elle était déjà textuellement requise comme formalité substantielle par l'art. 975.

XVI. Le testament est nul, si, au bas de l'acte, le notaire n'a pas fait mention de la signature des témoins. — La mention que les témoins ont déclaré signer, ne satisfait point à cet égard au vœu de la loi. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 5 avril 1816.*) Un arrêt de la Cour de cassation de France, du 1^{er} octobre 1810, qui a consacré en principe qu'on doit observer dans les testaments les formes établies par la loi sur le notariat, du 25 ventose an 11, avait fixé la jurisprudence sur la première partie de cet arrêt qui, jusqu'alors, avait été très-controversée. Quant à la seconde partie, nous avons déjà rapporté les deux arrêts des 6 octobre et 9 décembre 1815 qui ont jeté un grand jour sur la question; le troisième arrêt que nous analysons consacre en principe que cette clause : *et ont les témoins et notaire déclaré de signer après lecture*, renferme bien la mention de la part du notaire que les témoins ainsi que lui ont déclaré de signer, mais ne mentionne pas que les témoins et le notaire, après cette déclaration faite, ont réellement signé, ce qui est exigé à peine de nullité par les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventose an 11.

La Cour ne s'est pas prononcée sur la question si importante de savoir si le notaire doit aussi faire mention de sa propre signature; mais cette question, quoique controversée par de célèbres jurisconsultes, nous paraît résolue par l'avis du conseil-d'état, du 16 juin 1810, approuvé le 20 du même mois, qui, en interprétant l'art. 14 de la loi du 25 ventose, déclare que, si les expressions qui terminent le premier paragraphe de cet article,

ont donné lieu d'élever la question de savoir si la nullité prononcée par l'art. 68 s'étendait même au défaut de mention, à la fin de l'acte, de la signature des notaires, cette question ne pouvait être que négativement résolue d'après l'esprit de la loi et des réglemens qui l'ont immédiatement suivie; qu'en effet, l'arrêté du 15 germinal an 11, donnait une formule pour la rédaction des actes, et y rappelant les mentions nécessaires, n'y comprend point celle de la signature même des notaires; qu'ainsi la loi a déjà été expliquée presque au moment où elle venait de paraître; que toute interprétation contraire, outre qu'elle serait excessivement rigoureuse, serait sans aucune utilité pour la société, et lui deviendrait même nuisible par l'application d'une nullité innuée dans tous les temps; que si cette nullité a eu un but utile, en tant qu'elle s'applique au défaut de mention de signatures de parties ou de témoins qui n'ont pas un caractère authentique, cette raison cesse à l'égard des notaires eux-mêmes, dont la signature est publique et devient la certification des autres; et, d'après ces importantes considérations, décide en principe que la peine de nullité prononcée par l'art. 68 de la loi du 25 ventose an 11 ne doit être appliquée qu'au défaut de mention de la signature soit des parties, soit des témoins, et ne doit pas être appliquée au défaut de la mention de la signature des notaires qui ont reçu l'acte.

XVII. Les témoins testamentaires ne doivent pas être domiciliés dans l'arrondissement communal dans lequel le testament est reçu. *En d'autres termes* : l'art. 9 de la loi du 25 ventose an 11 ne doit pas être observé en ce qui concerne les qualités des témoins instrumentaires. (*Arrêt de la même Cour, du 5 juin 1816.*) Dans la discussion qui a précédé cet arrêt, on avait combattu les moyens d'appel par les moyens de jurisprudence les plus imposans, et par des arrêts qui forment autorité; mais ils ont été adoptés par la Cour supérieure, et comme la Cour de cassation, par sa décision du 19 février 1819, a rejeté le pourvoi, nous nous bornerons à dire que cette Cour a posé en principe que les mots *républicoles* (sujets de l'empereur) insérés dans l'art. 980 du Code civil, indiquent que le législateur n'a pas voulu circonscrire le domicile des témoins à l'arrondissement communal où le testament est reçu, mais a laissé à cet égard la plus grande latitude au testateur, et qu'il suffit que les témoins soient habitans du royaume pour assister valablement à la confection d'un testament; qu'il en résulte que le Code a dérogé aux dispositions de l'art. 9 de la loi du 25 ventose an 11, relativement au domicile des témoins.

XVIII. Nous avons rapporté, sous le n° 7, un arrêt, dont la discussion, sur le pourvoi, a donné lieu à une interprétation du droit romain, très-lumineuse et très-approfondie, par le procureur-général *Daniels*, dont les conclusions ont été adoptées par la Cour d'après ces considérations : 1° que le testament qui lui était soumis avait été reçu par un notaire en présence de quatre témoins, ainsi que le requiert l'art. 971 du Code civil; 2° que cette loi, non plus que l'art. 972 du même Code, ne détermine pas, au moins en termes exprès, quel est le véritable objet de la présence des témoins; 3° que c'est ce silence de la loi qui a donné lieu à la question, si un testament par acte public peut être valablement reçu en présence de témoins qui n'entendent pas la langue dans laquelle il est rédigé; et 4° que

dans cet état de choses, quand il serait vrai que l'opinion adoptée par l'arrêt attaqué serait la moins probable, en la supposant même erronée, tout ce qu'on pourrait en déduire, c'est que cet arrêt présenterait un mal jugé, mais non qu'il aurait violé les art. 971 et 972 du Code civil. (*Arrêt de la Cour de cassation de Bruxelles, du 11 juillet 1816.*)

XIX. La nullité d'un testament, pour vice de forme, n'est point absolue, mais seulement relative, en faveur de l'héritier légitime; celui-ci peut la couvrir. L'époux survivant, nommé exécuteur testamentaire du prédécédé, dans un testament dérogoire au contrat de mariage, est censé renoncer aux avantages qui y sont stipulés à son profit, en donnant exécution aux dispositions ordonnées dans ce testament à l'égard des tiers. (*Arrêt de la même Cour, du 4 janvier 1817.*) Le même arrêt a jugé, d'après une discussion très-savante de M. *Daniels* qui avait fait une juste application de la maxime : *multa fiunt per indirectum, quæ non possunt fieri directè*, que celui qui, réunissant deux qualités, agit en l'une, n'est pas recevable à faire valoir l'autre; elle a décidé en même temps que, depuis le changement apporté par l'art. 896 du Code civil à la loi du 14 novembre 1792, il n'existait aucune loi qui déclarât que la demande en nullité d'une substitution pût être intentée par l'héritier même qui a accepté l'institution, et qui en a joui pendant sa vie, du consentement de l'héritier *ab intestat*; qu'en conséquence l'arrêt attaqué n'avait pu violer aucune loi, en maintenant un testament accepté et exécuté par celui même dont les héritiers en demandaient la nullité.

Nous aurons encore occasion de citer cet arrêt au chapitre des legs, et nous en parlerons avec plus d'étendue.

XX. Lorsque les auteurs d'un testament conjonctif ont survécu à la loi du 15 nivôse an 2, cette loi émanée postérieurement à la confection du testament n'a pu influencer sur sa validité, puisqu'il est de principe que le temps intermédiaire entre la confection du testament et la mort du testateur ne peut être pris en considération : *tempora intermedia non spectantur*. — L'art. 968 du Code civil est placé sous la rubrique du Code qui régit les formes des testaments, et ne défend, au surplus, les testaments de plusieurs testateurs, que lorsqu'ils sont faits *dans un même acte*, de sorte que ces testateurs sont *habiles* à faire les mêmes dispositions lorsque celles-ci sont rédigées dans des actes *séparés*. — L'article précité ne prohibe que la *forme* des testaments conjonctifs, sans toucher à la capacité des testateurs, d'où il suit qu'un testament, valable dans sa forme d'après la loi de sa confection, est resté tel malgré la disposition de l'art. 968, qui ne concerne que la forme extrinsèque des testaments. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 14 janvier 1817.*) Les moyens d'appel étaient séduisants sans doute, mais pouvaient-ils lutter contre la législation romaine, qui n'a rien laissé à désirer sur l'influence du temps intermédiaire, contre les lois 1, § 8, D. de *bon. poss. secund. tab.*, 6, § 2, D. de *heredibus instituendis*, et 49, § 1, *cod. tit.*, qui ont en quelque sorte fixé par anticipation le sort de la loi de nivôse, contre la jurisprudence consacrée par de nombreux arrêts des Cours de cassation de France, et d'appel de Bruxelles, Liège, Turin, etc., et contre l'opinion des plus célèbres jurisconsultes, au nombre desquels nous voyons figurer M. *Grenier*, notre auteur, et M. *Merlin* ?

XXI. Le testament dans lequel la testatrice déclare *ne savoir écrire ni signer, parce qu'elle ne l'a pas appris*, est nul si, par des actes antérieurs et même postérieurs, on prouve que cette déclaration est mensongère et simulée. — L'intervention des héritiers dans un pareil testament, et leur adhésion aux dispositions qu'il contient, ne forment pas une fin de non recevoir, relativement à la validité du testament. (*Arrêt de la même Cour, du 22 mars 1817.*) Cet arrêt ne repose que sur des faits. On remarque seulement dans la discussion que, par arrêt du 25 juillet 1810, la Cour d'appel de Grenoble a jugé que les contradictions qui se trouvent entre des actes antérieurs et un testament font présumer qu'il n'est pas l'expression de la volonté du testateur.

XXII. Les termes : *ce fait et passé sur le territoire de la commune de..... dans une chambre au rez de chaussée, ayant vue sur la cour du domicile des.....* contiennent une indication suffisante du lieu de la passation. Il en est de même de ceux-ci, quant à la mention que le notaire a écrit le testament tel qu'il lui a été dicté : *ce fut ainsi dicté, par ledit testateur, à moi ledit notaire, en présence de..... et a été écrit par moi ledit notaire, présens les mêmes quatre témoins.* La mention expresse de la lecture donnée au testateur en présence des témoins se trouve dans ces mots-ci : *ayant été donné lecture et relecture audit testateur, par moi ledit notaire et en présence desdits quatre témoins.* Ces points ont été décidés par la Cour de Liège qui a, en outre, jugé qu'un testament n'était pas nul pour avoir été passé en français en présence de témoins qui ne connaissaient pas cette langue. (*Arrêt de 1817.*)

XXIII. Lorsqu'un testateur, *in extremis*, communique à ses successibles ses dispositions de dernière volonté à leur égard, rédigées par écrit, et dont ils promettent l'entière exécution, parce que le temps manque pour les consigner dans un acte public, il peut résulter d'une telle promesse, surtout si elle a été accomplie, une fin de non recevoir contre la demande en partage de la succession *ab intestat*, et en nullité de pareilles dispositions. — Cette stipulation ne renferme pas un pacte successoire prohibé par la loi. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 28 juillet 1817.*) On avait prétendu sur l'appel, que le testament en question, étant de vive voix et purement nuncupatif, n'était point autorisé, puisque, d'après l'art. 1001, les testaments doivent être revêtus des formes prescrites par la loi, à peine de nullité; et on s'était appuyé sur un arrêt de la Cour de cassation, du 13 janvier 1813, qui a cassé un arrêt de la Cour de Verviers, sur le motif que la décision de cette Cour était évidemment contraire aux dispositions des art. 969 et 1001, puisqu'elle tendait à établir une espèce de testament que la loi ne reconnaissait pas, en donnant à de simples discours la puissance de constituer de lois, et qu'elle introduisait ainsi un moyen indirect de faire produire des effets à des testaments verbaux destitués de toutes les formes prescrites par le Code civil. En ne contestant pas la nullité pour vice de forme, on répondait qu'elle était couverte par la ratification et l'exécution volontaire du testament, et c'est cette doctrine qui a prévalu en appel comme en première instance.

XXIV. Lorsqu'un testament mystique est seulement clos au moyen de cire d'Espagne, *sans aucune empreinte*, il n'est point scellé dans le

sens de l'art. 976 du Code civil. — Il en est ainsi, bien que l'acte de suscription porte que le testament est dûment clos et scellé. (*Arrêt de la même Cour, du 18 février 1818.*) Dans cette affaire, on avait invoqué de part et d'autre des autorités imposantes, puisque les moyens d'appel étaient puisés dans la doctrine de *Furgole*, de *Malleville*, un des rédacteurs du Code civil, et de *M. Grenier*, et qu'on leur opposait l'opinion de *M. Toullier*, et la jurisprudence de la Cour de cassation de France; mais la Cour s'est retranchée dans le texte du Code civil, ou plutôt dans les changements qu'il a apportés à la forme extérieure ou matérielle des testaments, consacrée par les lois antérieures; elle a considéré que l'art. 976 dispose que, *lorsque le testateur veut faire un testament mystique ou secret, sera le papier qui contiendra ses dispositions ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé*; qu'ainsi cet article exige impérieusement la double formalité de la clôture et du scel; que, par suite ultérieure, le vœu de la loi ne serait pas rempli, si le testament était seulement clos avec de la cire, sans aucune empreinte de sceau ou de cachet, puisque le mot *scellé*, selon l'idée y attachée par un usage généralement répandu, signifie l'empreinte d'un cachet que l'on a apposé à quelque chose; que tout ce qui tient à la forme d'un acte doit, d'après une maxime inviolable, être ponctuellement et individuellement accompli, et que par conséquent il ne peut être admis à cet égard d'équipollements ni d'inductions, laquelle maxime, relative à la forme des actes en général, est d'autant plus applicable aux testaments, que la faculté de tester étant une émanation du droit civil, reste soumise aux formalités et conditions prescrites par la loi, et qu'elle opère avec d'autant plus de force encore à l'égard des testaments qui prennent leur origine sous l'empire du Code civil, que l'art. 1001 du Code prononce la nullité des testaments non revêtus des formalités prescrites par les articles précités, et notamment par l'art. 976.

XXV. Un testament qui contient la mention que le testateur étant sourd, mais sachant lire, avait lu lui-même le testament, en présence des témoins, est nul. (*Arrêt de la Cour de Liège, du 11 mars 1818.*) Cet arrêt est fondé sur ce que l'article 972 exige impérieusement que la lecture soit faite par le notaire.

XXVI et XXVII. D'après la jurisprudence de l'ancien pays de Liège, la mort d'un des testateurs rendait irrévocable un testament conjonctif, lorsqu'ils s'étaient réservé la faculté de révoquer leur testament conjointement, et non pas autrement. Les héritiers institués acquéraient ainsi aux biens compris dans l'institution un droit irrévocable et transmissible que les lois nouvelles n'ont pu leur enlever, quoique le survivant des testateurs soit mort après la mise en activité de la loi du 17 nivôse an 2. (*Arrêt de la Cour de Liège, de 1818.*) La même Cour a décidé qu'un testament conjonctif fait par deux époux sous l'empire de la coutume de Liège, qui établissait la dévolution, n'avait pas pu être révoqué par l'un d'eux sans le consentement de l'autre depuis la publication des lois abolitives de la dévolution.

XXVIII. La femme liégeoise qui, par le droit de main-plévie, était inhabile à disposer par testament sans le consentement de son mari, n'a pas valablement disposé de cette manière depuis le Code civil. — Dans le

cas où la femme liégeoise, soumise au droit de main-plévie, a fait un testament sans le consentement exprès de son mari, on ne peut induire un consentement tacite de la part de ce dernier de ce que, le même jour et par devant le même notaire, il a fait un testament qui renferme des dispositions corrélatives à celui de sa femme. — Le consentement du mari, nécessaire à la femme liégeoise pour tester valablement, ne peut être prouvé par témoins. — Lorsqu'un testament public a été annulé pour vice de forme, le notaire qui l'a reçu n'est point passible de dommages-intérêts, si ce testament était d'ailleurs atteint d'une nullité radicale. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 30 juin 1818.*) On a fondé la dernière partie de cet arrêt sur le principe, consigné dans la loi 21, § 3, au Digeste, de *actionibus empti*, que ce ne sont que les dommages-intérêts, qui ont été une suite nécessaire du fait de celui à charge de qui on les prétend, ou de l'inexécution d'une obligation, qui doivent être réparés, et que d'après la loi 29, §, D. *ad legem aquilianam*, maintenue par le Code civil, ils doivent être certains; et on a considéré en fait que, bien qu'il eût été irrévocablement jugé, par arrêt du 11 juin 1812, que l'omission dans chacun des deux testaments du 12 septembre 1805, de l'indication du lieu de leur passation et réception, les frappait de nullité, il n'avait pas néanmoins été jugé, ni même pu l'être par le même arrêt, qu'en supposant le testament de l'épouse valable dans la forme extérieure et matérielle, il eût produit son effet par rapport aux biens situés sous la coutume de Liège, c'est-à-dire, qu'ils eussent été déferés, en vertu dudit testament, à son frère institué légataire universel, puisque la question de savoir si le droit de main-plévie, auquel il n'avait pas été dérogé par contrat anténuptial entre la testatrice et son épouse, n'avait pas été déduit en jugement, et qu'il est de principe, *ultra id quod in iudicium deductum est, excedere iudicis potestas non potest* (loi 18, D. *communī dividendo*), question qui était essentiellement préjudiciable à la validité du testament, quoique revêtu de toutes les formalités extrinsèques.

XXIX. Sous le Code civil, le testament par acte public ne doit plus être fait *unico contextu*. — La date d'un testament par acte public peut être placée au commencement de l'acte, sans devoir être répétée à la fin. — Le lieu où le testament a été passé peut être énoncé par le nom d'un établissement public, suffisamment connu, sans devoir nécessairement l'être par le nom de la commune. — Il en est de même de la demeure des témoins. — La déclaration de ne savoir écrire peut équivaloir à celle de ne savoir signer. — La mention que le testament est écrit, tel qu'il a été dicté, peut résulter de l'ensemble de l'acte. — L'institution est nulle, s'il y a incertitude sur la personne de l'héritier. (*Arrêt de la même Cour, du 3 décembre 1818.*) Les dispositions de cet arrêt sont, 1^o que l'art. 12 de la loi du 25 ventose an 11, n'exige autre chose, sinon que les actes notariés énoncent l'année et le jour où ils sont passés, et qu'il ne prescrit nullement de placer la date à la fin plutôt qu'en tête de l'acte; que le Code civil, en traitant des formalités extrinsèques du testament par acte public ne déroge en rien à la loi précitée, quant à la date, et qu'il y avait d'autant moins de motifs de donner l'être à une disposition législative à cet égard, qu'il résulte de la combinaison de l'art. 976 du Code civil; qui règle les formes

du testament mystique et des articles relatifs aux formes du testament par acte public, que l'unité de temps et d'action n'est plus exigée à peine de nullité, sous l'empire dudit Code civil, dans la rédaction du testament par acte public (Cette doctrine est celle de MM. *Toullier et Grenier*.); 2^e que l'art. 12 de la loi du 25 ventose se borne à exiger la mention du lieu; qu'ainsi c'est étendre sa disposition que d'exiger en outre l'énonciation de la commune dans laquelle l'acte a reçu l'être, surtout lorsque ce lieu est consacré à un établissement public; 3^e que la loi ne requiert pas l'énonciation du domicile des témoins; qu'au surplus dans l'acception commune *demeure et domicile* sont synonymes; que d'ailleurs l'art. 9 de la loi du 25 ventose, qui exige que les témoins soient domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé, ne concerne pas les testaments, et que l'article 980 ne prescrit autre chose, si ce n'est que les témoins appelés pour être présents aux testaments soient habitants du royaume; 4^e qu'en prescrivant les formalités dont le testament par acte public doit être revêtu, le Code n'exige pas sacramentellement l'emploi de certaines expressions spéciales et déterminées; qu'ainsi les équipollences doivent être admises, c'est-à-dire, les énonciations présentant les mêmes idées que celles qui sont attachées aux expressions dont le législateur a fait usage; 5^e que l'art. 973 exigeant une formalité de plus que l'ordonnance de 1735, savoir la mention de la cause qui a empêché de signer, et cette mention présupposant nécessairement l'interpellation de signer faite au testateur, il en résulte que, dans une espèce où le testateur aurait déclaré ne savoir écrire, immédiatement après la mention de la lecture et de la signature du notaire et des témoins, l'on ne peut raisonnablement douter que cette déclaration du testateur n'ait eu lieu à l'instant physique où il devait apposer sa signature, puisqu'il est de principe *quod ordo scripturæ designet ordinem mentis*, et que les signatures des notaire, testateur et témoins, devant être apposées dans le même instant, immédiatement après l'entière rédaction de l'acte, la déclaration de ne savoir écrire doit être censée avoir été faite dans ce même point de temps; 6^e que, d'après les lois 62, § 1, au D. *de heredibus instituendis*, et 3, § 7, au D. *de adimendis vel transferendis legatis*, l'institution d'héritier ou les legs sont entachés de nullité, lorsqu'il y a incertitude sur la personne de l'héritier ou du légataire appelé à recueillir l'hérédité du défunt, ou le legs qu'il a laissé.

XXX. La signature des témoins est suffisamment mentionnée par l'expression du notaire qu'ayant interpellé les témoins de *signer, ils ont déclaré le faire*. Cette décision résulte de la combinaison de l'art. 974 du Code civil avec l'article 14 de la loi du 25 ventose an 11, portant que les actes seront signés par les parties, les témoins et les notaires qui doivent en faire mention à la fin de l'acte. (*Arrêt de la Cour de cassation de Liège, de 1818.*)

XXXI. On doit, dans le doute, interpréter les actes de dernière volonté par la loi du lieu de leur confection. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 14 février 1819.*) Cette décision, appuyée de l'autorité de *Stockmans*, est fondée sur ce que les disposans, tant dans les testaments que dans les actes entre vifs sont censés, dans le doute, vouloir conformer leurs dispositions à la coutume du lieu où ils disposent, de sorte que les expressions générales

des dispositions doivent être interprétées et tempérées par la coutume locale.

XXXII. Il n'est pas nécessaire, à peine de nullité, qu'il soit fait mention expresse de la présence des témoins à la dictée et à l'écriture du testament par acte public. — Il est satisfait au vœu de l'art. 972 du Code civil, en ce qui concerne la lecture, par la mention que *lecture*, sans ajouter, *du testament*, a été faite au testateur, en présence des témoins. (*Arrêt de la Cour de cassation de Bruxelles, du 17 mai 1819.*) On se fonde, pour demander la cassation, sur l'art. 971, dont un arrêt du 16 février 1816 (voyez plus haut n° 15) a fait l'application; mais cet arrêt n'a pour objet que la *réception du testament par un notaire en présence de quatre témoins*, et non la mention expresse de l'écriture par le notaire en leur présence, formalité qui n'est exigée par aucun article du Code.

XXXIII. Un testament fait par acte public sous la loi du 11 février 1816, n'est point nul à défaut par le notaire d'avoir fait mention de sa patente. (*Arrêt de la même Cour, du 27 novembre 1819.*) Cet arrêt est fondé, 1^o sur ce que l'art. 1^{er} de la loi du 11 février 1816, ne fait qu'énoncer en principe général l'obligation de prendre patente, sous peine de l'amende prononcée par l'art. 37; et 2^o sur ce que les actes énoncés à l'art. 39 étant faits par les parties, indépendamment de la manière de les contracter, on ne peut étendre la nullité prononcée par cet article au défaut de la mention de la patente du notaire.

XXXIV. La loi défend aux clercs de notaire d'intervenir comme témoins dans un testament. Mais il ne faut pas considérer comme tel, celui qui, sans être inscrit au tableau des aspirans au notariat, travaille chez un notaire, mais non habituellement. (*Arrêt de la Cour de cassation de Bruxelles, de 1819.*)

XXXV. Lorsqu'un héritier institué oppose aux successibles deux testamens portant la même date et d'un même contenu, l'un olographe, l'autre par acte public, tous deux argués de nullité, le premier, par dénégation d'écriture et de signature, le second par inscription de faux, ce dernier moyen n'est point admissible, tant qu'il n'a pas été prononcé sur le sort de la vérification par comparaison d'écritures ou autrement, à l'égard du testament olographe. (*Arrêt de la même Cour, du 22 décembre 1819.*)

XXXVI. Lorsque, dans un testament par acte public, la mention de la *présence des témoins* est précédée de plusieurs mentions, dont la première est la *lecture*, il est suffisamment satisfait au prescrit de l'art. 972 du Code civil. (*Arrêt de la même Cour, du 18 janvier 1820.*)

XXXVII. La clause insérée dans un acte d'adhérence par laquelle deux époux, en acquérant, stipulent que si autrement ils n'en disposent conjointement, ils veulent et ordonnent que les biens qu'ils acquièrent appartiennent, après le décès du survivant d'eux, à tous leurs enfans du premier et du second lit, est une disposition de dernière volonté, assujétie aux formes du testament, et non pas une condition en acquêt faisant, ni un règlement ab intestat. — Dans les lieux régis par l'édit perpétuel de 1611, le testament passé devant les gens de loi (*apud acta*) était valable lorsque le testateur se rendait par devant les gens de loi, uniquement à l'effet d'y passer son testament. (*Arrêt de la même Cour, du 4 mars 1820.*)

Dans cette affaire on s'était appuyé sur l'autorité de *Stockmans*, de *Wynants*, et d'*Anselmo*, pour faire une fausse application de l'art. 12 de l'édit perpétuel.

XXXVIII. La coutume de Luxembourg, reconnaissait comme valable un testament reçu par un curé, quoiqu'il ne fût pas même signé par le testateur et les témoins qui y étaient intervenus, s'il y était fait mention claire et précise que ceux-ci savaient écrire. Cette disposition de la coutume n'est pas en opposition avec l'art. 12 de l'édit perpétuel, et d'après une interprétation émanée du souverain, le 28 juillet 1816, ce testament est valable à l'exception du legs fait au profit de celui qui l'a reçu et signé. (*Arrêt de la Cour de Liège, du 10 juin 1820.*)

XXXIX. Un testament dicté en flamand et écrit en français, avec une traduction flamande, était valable sous l'empire de l'arrêté du 24 prairial an 11. — Il en est de même, encore que le testament ait été lu en langue flamande seulement. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, de 1821.*) Cette jurisprudence, déjà consacrée par plusieurs arrêts, est fondée sur ce que les dispositions de l'arrêté du 24 prairial an 11 ne peuvent pas être interprétées comme imposant la nécessité de faire la dictée et la lecture en langue française lorsque le testateur ne sait pas cette langue, puisque ce serait calomnier la loi que de lui prêter l'intention d'établir une formalité inutile, et qui ne donnerait aucune garantie de la conformité de la dictée et de l'écriture.

XL. La mention des formalités prescrites à peine de nullité dans un testament public ne peut, au lieu de résulter de la déclaration personnelle du notaire, être mise dans la bouche du testateur lui-même. (*Arrêt de la même Cour, du 16 mai 1821.*) Avant que cet arrêt fût rendu, la jurisprudence n'était pas fixée sur cette importante décision. Plusieurs Cours, et notamment celle de Turin, par son arrêt du 29 décembre 1810, avaient pensé que l'art. 972 ne prononçait pas la nullité des testaments où les mentions y prescrites étaient faites par le testateur lui-même, plutôt que par le notaire qui en avait reçu et signé l'acte de dernière volonté. La Cour de Liège, dans un arrêt du 22 juin 1813, dont les motifs méritent d'être connus, considéra 1° que, dans tout testament par acte public, on doit distinguer deux parties différentes : l'une qui contient les dispositions du testateur, et qui est entièrement personnelle à celui-ci ; l'autre qui regarde spécialement le notaire, et qui doit contenir l'accomplissement de toutes les formalités exigées par la loi pour la validité du testament ; 2° que d'après cette distinction incontestable, le notaire ne peut point se mêler de ce qui est relatif aux dispositions du testateur, de même que celui-ci n'a pas le droit de s'immiscer dans les fonctions du notaire ; le rôle de chacun est parfaitement distinct et séparé ; ils ne doivent ni l'un ni l'autre, outrepasser les bornes qui leur sont assignées, sans être en contravention avec la loi ; 3° que la mention que la lecture du testament a été faite par le testateur est une formalité exigée par la loi, et que, comme telle, elle est du ressort du notaire qui seul est compétent pour remplir toutes les formalités voulues pour la solennité des actes en général, et particulièrement des testaments ; que quoique le Code civil, art. 972, ne dise point formellement que c'est le notaire qui doit faire mention de la lecture du testament au testateur,

il ne résulte pas moins implicitement de cet article, que c'est le notaire à qui cette mention appartient, parce que nul autre que lui n'a pouvoir ni caractère pour remplir une formalité qui est constitutive du testament; c'est lui que la loi a établi pour donner la forme authentique aux dernières volontés de l'homme; c'est lui qu'elle a chargé de toute la solennité des actes; 4^e que si on admettait que le testateur peut lui-même déclarer que lecture lui a été faite par le notaire, et que cette déclaration remplit la forme de la loi, on serait obligé d'en tirer cette conséquence que le testateur peut pareillement remplir toutes les autres formalités qui sont nécessaires pour la validité des testaments, et qu'il peut en un mot rédiger le testament, parce que la mention de la lecture étant une formalité essentielle et rigoureuse, il n'y a pas de raison pour décider qu'elle doive plus spécialement être accomplie par le testateur que les autres formalités; que pareille conséquence réduirait le notaire au simple rôle de scribe, ce qui serait subversif de tout ordre et entièrement opposé à la loi, qui a voulu que ce fût le notaire qui imprimât aux actes le sceau de l'authenticité, par l'accomplissement des formalités qu'elle a prescrites, etc.

Un arrêt aussi rempli de raisons méritait de faire autorité, et nous pensons qu'il n'a pas été étranger à la résolution de la Cour de Bruxelles qui, d'ailleurs, a fondé ses motifs sur la déclaration du 16 mai 1763, interprétative de l'ordonnance de 1735, dont l'art. 23 a été le type des art. 971 et 972 du Code.

XXI. Un testament n'est pas nécessairement nul, par cela seul que la date en est fautive; l'erreur en peut être rectifiée, et les juges peuvent et doivent faire cette rectification toutes les fois que, par des conventions qui sortent du testament même, ils sont conduits à la découverte de la véritable date, ou, en d'autres termes, toutes les fois que, d'après les dispositions du testament, il est évident à leurs yeux qu'il a été rédigé *tel jour, tel mois, telle année*. — Aucune loi ne signale les motifs, les circonstances, et les dispositions d'après lesquels les juges doivent se déterminer, et à cet égard elle ne leur impose qu'une seule obligation, celle de puiser les motifs de leur décision dans le testament même, *ex testamento, non aliunde*; d'où il faut conclure, à cette restriction près, qu'elle s'en rapporte à leur conscience et à leur sagesse. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 12 juin 1821.*) Cet arrêt est fondé sur les opinions des plus graves jurisconsultes et sur les maximes les plus solennelles de la jurisprudence.

XXII. La dation d'un conseil judiciaire ne fait pas cesser la faculté de tester. (*Arrêt de la même Cour, de juin 1821.*)

XXIII. Un Français domicilié en Belgique depuis plus de vingt ans, qui s'y est marié avec une Belge, et qui a continué son domicile en ce pays après la conquête et après l'érection du royaume des Pays-Bas, ne peut cependant être considéré comme régnicole, ni par conséquent être témoin dans un testament public. — L'opinion commune où l'on serait qu'un individu appelé comme témoin à un testament, avait la qualité de régnicole ne suffirait pas pour la validité de ce testament. (*Arrêts de la Cour de cassation de Bruxelles, des 3 janvier 1822, et 12 juillet 1823.*) Comme le pourvoi était fondé sur la violation, non-seulement des articles 980 et 1001 du Code civil, mais encore sur celle des traités de paix et de plusieurs

arrêtés royaux, la discussion devait nécessairement être importante. Elle a été très-lumineuse de la part du procureur-général qui a fait connaître, avec un talent distingué, ce qu'on devait entendre par les mots *ambaine*, *droits civils*, *étranger*, *régicole*, *sujet du roi*; et après avoir réfuté victorieusement les moyens qu'on avait cru pouvoir puiser et dans le Code civil, et dans les arrêtés royaux, et dans les traités de paix, il aborde la question de la capacité putative dans les témoins testamentaires, question dont la principale décision se trouve dans les lois romaines, mais a, ensuite, été développée par les plus célèbres commentateurs, et notamment par Voët, Vinnius, Furgole, et par M. Grenier, et jette sur elle un nouveau jour, dont la Cour n'avait pas besoin pour éclairer sa religion, et rejeter le pourvoi. L'arrêt du 12 juillet 1823 discute la question des traités politiques, et déclare qu'un n'y trouve aucune stipulation qui porterait que les Français d'origine, domiciliés alors dans les parties de la Belgique, réunies à la France et restituées par ces traités, deviendraient ou seraient réputés *naturels* du royaume des Pays-Bas par l'effet seul de cette rétrocession; que le droit de souveraineté sur ces personnes a si peu été attribué *à raison du domicile*, qu'une clause expresse de ces traités les autorise à se retirer respectivement sous la domination de leur souverain d'origine, et qu'une loi française du 14 octobre 1814 a même exigé des Belges, domiciliés en France depuis l'époque de la réunion, une déclaration formelle de leur intention d'y rester; ce qui était inutile, si, dans l'esprit des puissances contractantes, le seul fait d'un long domicile les y eût fait réputer naturels; et que c'est dans le même esprit qu'ont été portés dans ce pays les arrêtés des 22 septembre et 29 décembre 1814, concernant les naturalisations et l'habilité aux fonctions publiques.

XLIV. Il ne suffit pas de critiquer un testament; il faut prendre des conclusions pertinentes en nullité, en rescision, ou en réduction des dispositions excessives. (*Arrêt de la même Cour, du 10 janvier 1822.*)

XLV. Le testament mystique peut être cacheté par le testateur à l'aide du cachet d'un tiers. — Le testament n'est point nul, si le testateur y déclare que sa succession sera partagée par représentation, conformément à une ancienne coutume abrogée. (*Arrêt de la même Cour, du 16 février 1822.*) — On n'a eu besoin pour la première partie de cet arrêt que de faire l'application de l'art. 976 du Code civil. Quant à la seconde partie, elle avait donné lieu, devant la Cour de cassation de France, à une discussion solennelle, terminée par l'arrêt célèbre du 19 juillet 1810, et la Cour de Bruxelles n'a fait que reproduire des principes déjà consacrés en décidant, dans l'espèce qui lui était soumise, qu'il n'est pas permis d'appliquer aux testaments la disposition prohibitive de l'art. 1390, faite pour les contrats de mariage, les prohibitions ne s'étendant pas des cas exprimés à ceux qui ne le sont pas; et que, fût-il vrai que cet article dût, le cas échéant, recevoir son extension aux dispositions de dernière volonté, il ne saurait trouver son application dans l'espèce, puisque la testatrice n'avait point appliqué la coutume de Gand, pour son testament être réglé d'une manière générale selon les dispositions de cette coutume, mais seulement par forme d'instruction, et uniquement pour faire mieux connaître le mode

de représentation d'après lequel elle appelait à sa succession un de ses parens qu'elle désignait ainsi pour lui succéder.

XLVI. La clause révocatoire dans un testament postérieur, nul par vice de forme, n'a pas l'effet, comme acte notarié, de révoquer un testament. (*Arrêt de la même Cour, du 2 mars 1822.*) Dans cette affaire on s'est prévalu de part et d'autre de la jurisprudence des arrêts. A celui de la Cour de Bruxelles du 22 juillet 1807, qui avait maintenu un acte de révocation par le motif, entre autres, que si cet acte pouvait être vicieux comme testament, du moins il était revêtu des formes constitutives d'un acte notarié, et emportait par là la preuve authentique du changement de volonté, ce qui suffisait selon la seconde partie de l'art. 1035 du Code civil, on a opposé les arrêts de la Cour de Turin du 19 mars 1810, et de la Cour de cassation du 4 novembre 1811, qui avaient jugé dans un sens contraire; mais la Cour a puisé sa décision dans la véritable interprétation de l'art. 1035 du Code, et a déclaré : 1^o que la clause révocatoire d'un testament ne saurait avoir d'effet qu'autant que l'acte qui la renferme se trouve valable et revêtu des formalités prescrites par la loi, étant de principe que ce qui est nul ne peut produire aucun effet; 2^o que l'art. 1035, en statuant que les testaments ne peuvent être révoqués que par un testament postérieur ou par un acte devant notaire, fait clairement entendre que, du moment que le testateur choisit un acte testamentaire pour consigner la déclaration du changement de sa volonté, il faut; pour que cette déclaration ait son effet, que l'acte qui la contient soit revêtu de toutes les formalités d'un testament; que c'est dans cet esprit que l'art. 1035 a été rédigé; que s'il avait été dans l'intention du législateur de faire valoir comme simple acte notarié, quant à la clause révocatoire, un testament non régulier, il n'aurait pas manqué d'ajouter une pareille disposition à celle qu'il a cru devoir placer à l'art. 1137 du même Code; que ne pas admettre ce principe, qui d'ailleurs a été formellement reconnu par un décret du 21 octobre 1810, serait confondre ce que le législateur a séparé dans l'art. 1035, par une alternative frappante; que ce serait de plus contrarier la volonté présumée du testateur qui, comme porte la loi du 18 au *D. de legatis* 3^o, n'est censé avoir voulu révoquer son premier testament, qu'autant que le second serait valable.

XLVII. La disposition qui affranchit de tout droit les successions en ligne directe est applicable au cas où l'ascendant recueille, en vertu d'un testament, plus qu'il n'aurait recueilli d'après les seules dispositions de la loi. (*Décision du 9 avril 1822.*)

XLVIII. Dans un testament public, la mention de la présence des témoins ne doit pas, à peine de nullité, se trouver immédiatement accolée à celle de la lecture donnée au testateur. Cette mention peut être suffisamment exprimée par un pronom démonstratif ou autre terme équivalent. (*Arrêt de la même Cour, du 9 mai 1822.*) Dans cette affaire on avait invoqué un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 18 ventose an 13, confirmé par la Cour de cassation le 19 frimaire an 14, dont le dernier, qui fait autorité, déclare que l'art. 972, en exigeant qu'il soit donné lecture au testateur en présence des témoins, et qu'il soit fait mention

expresse du tout, ne permet pas que l'explication de ces formalités soit présumée d'après le contexte général du testament, et sur des périphrases dont l'objet direct est étranger à la formalité de la lecture; et que la loi et la raison n'admettent d'expressions équivalentes que celles qui sont synonymes et identiques avec celles exigées par la loi; mais la Cour a admis une nouvelle jurisprudence, en décidant, par l'arrêt que nous rapportons, que l'art. 972, en ordonnant la mention expresse de la dictée du testateur, de l'écriture du notaire et de la lecture donnée au testateur en présence des témoins, n'a point prescrit quels sont les termes sacramentels dans lesquels cette mention doit être exprimée; qu'ainsi le plus ou le moins de conformité avec les règles de l'art d'écrire correctement, pourvu que la mention s'y trouve énoncée, ne saurait être un obstacle à ce que cette mention soit suffisante dans le sens de l'article précité, et tel qu'il est fixé dans le dernier état de la jurisprudence.

XLIX. Lorsqu'un héritier, qui n'a pas de réserve à exercer sur les biens de la succession, approuve le testament fait à son exclusion, et par conséquent n'est plus recevable à agir en nullité de l'institution, l'approbation volontaire n'est point dans ce cas un fait d'exécution tacite, comme elle le serait si elle émanait d'un héritier à réserve. — L'acte de confirmation ou de ratification, pour être valable, doit contenir la mention expresse, et du vice de forme qu'on reproche au testament, et de l'intention de réparer ce vice. — Le légataire qui a touché un à-compte sur son legs viager, à une époque où son droit d'attaquer le testament n'était pas encore ouvert, n'est point censé par là avoir approuvé l'institution d'héritier. — Les principes de l'art. 1338 du Code concernant l'acte de confirmation ou ratification d'une obligation, sont applicables aux testaments. (*Arrêt de la même Cour, du 23 mai 1823.*) Toutes ces décisions ont été rendues sur des fins de non recevoir proposées dans une affaire très-importante, où la question principale, dont nous avons rendu compte à la suite des observations préliminaires (1^{er} vol., p. 190), était relative à une prétention de fidéi-commis; et c'est sur cette question que la discussion s'est fait plus particulièrement remarquer.

L. Un testament fait sous l'empire de la loi qui exigeait, à peine de nullité, la mention de la patente du notaire, et dans lequel la patente de l'année courante n'est point énoncée, est néanmoins valable, si la partie qui attaque ce testament ne justifie pas qu'à sa date l'administration opérait la délivrance des patentes de l'année courante aux notaires. (*Arrêt de la Cour de cassation de Bruxelles, du 29 mai 1822.*) Le même arrêt décide que la mention expresse, ordonnée par l'art. 972 du Code civil, est suffisamment remplie par une expression collective démonstrative. — La première décision est conforme à l'équité d'après laquelle nul n'est tenu à l'impossible; la loi ne peut être censée exiger dans le notaire une concession annale, dont l'expédition et la délivrance sont indépendantes de sa volonté, à moins de supposer que les notaires ne doivent suspendre périodiquement l'exercice de leurs fonctions, ce qui serait par trop nuisible à la chose publique, en mettant les particuliers dans une espèce d'interdiction de disposer valablement de leurs biens et de leurs intérêts. — Nous observerons à cet égard que la loi actuelle sur les patentes ne pro-

nonce plus la peine de nullité. — Quant à la seconde décision, après avoir rappelé que, dans les principes du droit romain, l'institution d'héritier ne pouvait se faire que dans un testament et non dans un codicille, et que néanmoins elle était valablement faite dans un testament relatif à un codicille, on a observé avec raison qu'il ne faut pas confondre les pronoms relatifs, *qui, que*, avec les pronoms démonstratifs, *ceci, cela, celui-ci, celui-là*. Les pronoms relatifs sont ceux qui ont rapport à un nom ou à un pronom qui précède. Les pronoms démonstratifs indiquent et mettent, pour ainsi dire, sous les yeux la personne ou la chose dont ils tiennent la place. Ainsi le démonstratif est plus identique que le relatif. Ces discussions grammaticales peuvent paraître minutieuses, mais elles sont utiles et quelquefois indispensables dans la discussion des actes, et surtout dans celle des testaments.

LI. L'article 504 du Code civil n'est pas applicable, quand il s'agit d'un testament attaqué pour cause de démence du testateur. — Le fait qu'un testateur était, avant son testament et jusqu'à son décès, dans un état habituel de démence n'est pas pertinent. — L'admission à preuve de ce fait ne peut pas donner ouverture à cassation. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, de mai 1822.*)

LII et LIII. Il y a mention suffisante de la lecture du testament en présence des témoins, dans une clause ainsi conçue : *Ainsi ce testament fait à au bureau de moi notaire, par moi notaire écrit, suivant son dictamen, en présence des témoins soussignés, et du testateur prélu en français, lequel a déclaré de tout bien comprendre et être sa dernière volonté suivant son dictamen, et en présence de Suivent les noms des témoins.* (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, de mai 1822.*) La même Cour a décidé que les témoins instrumentaires pouvaient être entendus contre la validité d'un testament contre lequel il existait une inscription de faux incident.

LIV. Les héritiers légitimes qui attaquent un testament, valable en la forme, comme étant nul pour cause de démence du testateur, décédé en état d'interdiction, et pour cause de captation, ne sont pas recevables à demander que la succession soit séquestrée comme litigieuse. — Il est au contraire dû provision au titre valable en la forme. (*Arrêt de la Cour de Liège, du 11 juillet 1822.*)

LV. La disposition de l'art. 968 du Code civil est applicable au testament olographe; et particulièrement : Un testament conjonctif écrit en entier, daté et signé de la main de l'un des testateurs, est nul pour le tout, lors même qu'il ne renferme aucune disposition réciproque ou mutuelle. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 18 juillet 1822.*) Cet arrêt est fondé : 1^o sur ce que dans la section du Code civil, contenant les règles générales sur la forme des testaments, les deux premiers articles portent sur les testaments en général, et sans distinction d'aucune espèce, d'où il suit que la disposition de l'art. 968, prohibitive des testaments conjonctifs, porte sur les testaments olographes de même que sur les autres espèces, et ce d'autant plus que ce n'est que par l'art. 969 immédiatement suivant, que la loi distingue, pour la première fois, ces trois espèces de testaments, dont elle détermine, dans les articles suivants, les formes

particulières à chacune d'elles ; 2^e sur ce que l'art. 970 détermine ces formes particulières à l'égard du testament olographe, en disant qu'il ne sera valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, d'où il résulte que ce même article, quand il ajoute que ce testament n'est assujéti à aucune autre forme, étant entendu et restant restreint *pro subjecto materiâ*, ne déroge pas pour cela à la disposition immédiatement précédente de l'art. 968, qui, disposant sur une forme commune, veut qu'aucun testament ne puisse être fait dans le même acte, par deux ou plusieurs personnes ; 3^e sur ce que, s'il est vrai qu'une seule et même disposition ne puisse pas être écrite à la fois par deux personnes, il n'est pas pour cela exact de dire que la disposition de l'art. 968 serait oiseuse, en tant que l'on voudrait la faire porter sur les testaments olographes, vu qu'antérieurement au Code, lorsque les testaments conjonctifs étaient permis, il y en avait qui prétendaient qu'il n'était pas impossible qu'une telle disposition conjonctive eût lien par un testament olographe.

LVI. Les testaments par acte public sont soumis aux formalités prescrites par la loi du 25 ventose an 11, sur le notariat ; mais le notaire qui omet de faire mention de la signature des témoins, n'est responsable de cette nullité que lorsqu'il y a de sa part dol personnel, faute grave ou erreur grossière, équivalente à dol. (*Arrêt de la même Cour, du 17 octobre 1822.*)

LVII. Parmi les conditions exigées pour la validité d'un testament olographe, l'art 970 du Code civil veut que le testament soit daté de la main du testateur. — Dater un testament, c'est exprimer les jour, mois et an de sa confection, d'où il résulte que, sans se contenter d'une date quelconque, la loi veut que le testateur fasse connaître lui-même, dans son testament, et par son écriture, quels sont les jour, mois et an, auxquels il a fait son testament, et ce, sans doute, pour que l'on puisse au besoin constater, que dans le temps qu'il a testé, le testateur avait la capacité, la faculté et la liberté nécessaire pour faire un testament, et aussi pour que, dans le cours de plusieurs testaments, on puisse reconnaître le dernier. — Il ne suit pas de là que toute erreur ou omission quelconque, dans l'expression des jour, mois et an, doive faire déclarer nul tel testament lorsque l'erreur ou l'omission peuvent suffisamment être rectifiées par le contenu du testament, au point d'en rendre certaine et fixe la véritable date, et ce, par la raison que la loi n'a pas déterminé dans quelle forme la date doit être exprimée, et que, dans ce cas, il resterait vrai de dire que la date, quoique mal exprimée, se trouverait cependant fixée par les dispositions ou les écritures du testateur dans le testament. Il en est autrement lorsque, dans le testament même, rien ne constate quelle en est la véritable date, et dans ce cas il devient inutile d'enquérir sur l'état dans lequel se serait constamment trouvé le testateur, ainsi que sur les raisons qui peuvent avoir motivé ses dispositions, puisque la nullité doit être prononcée, quand même le légataire offrirait de prouver qu'à l'époque dont le testament porte la date, et jusqu'au décès du testateur, celui-ci avait constamment eu la faculté de tester. (*Arrêt de la même Cour, du 20 novembre 1822.*)

LVIII. Le sourd-muet de naissance qui sait écrire peut faire un testament olographe. Mais il ne suffit pas, pour la validité du testament, qu'il soit matériellement écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; il doit conster en outre que ce dernier savait écrire, dans l'acception légale de ce mot, c'est-à-dire, exprimer par lui-même ses idées par écrit, sans secours de modèle, ou tout au moins qu'il savait lire et comprendre l'écriture d'autrui. (*Arrêt de la même Cour, du 19 décembre 1822.*) Avant le Code civil, cette matière était soumise à la controverse dont on trouve les monumens dans la législation romaine, et dans les écrits des plus célèbres auteurs, notamment de Ricard, de Voët; mais les art. 902 et 999 du Code civil paraissent avoir fait disparaître toute divergence d'opinions, si on en croit les auteurs modernes; et surtout d'après les progrès que fait cette sublime découverte qui rendra immortels les noms de l'Épée, de Sicard et de Guyot.

LIX. Le légataire universel a le droit de se mettre en possession de l'hérédité, encore que le testament argué soit de nullité. — Les héritiers du sang peuvent cependant demander l'établissement d'un séquestre, en attendant la décision sur la validité du testament, mais seulement dans des circonstances impérieuses et très-majeures. (*Arrêt de la même Cour, du 3 janvier 1823.*)

LX. Lorsque quelques-uns des héritiers légaux ont déclaré qu'ils s'en rapportaient au jugement à intervenir avec leurs co-héritiers sur la validité du testament, ce jugement acquiert force de chose jugée à l'égard des premiers, si ceux-ci n'ont pas interjeté leur appel dans le terme de la loi, nonobstant l'appel fait tempestivement par les co-héritiers qui ont obtenu la réformation du jugement de première instance. (*Arrêt de la même Cour, du 16 janvier 1823.*)

LXI. Un notaire peut inventorier un testament trouvé dans la mortuaire, avant qu'il ne soit enregistré. (*Décision du 1^{er} février 1823.*)

LXII. Les tribunaux peuvent, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution d'un testament authentique, et ordonner le séquestre de la succession litigieuse, lors surtout qu'il existe contre le testament une inscription de faux, admise par jugement passé en force de chose jugée. (*Arrêt de la même Cour, du 16 mai 1823.*) Cet arrêt est fondé sur l'art. 1319 du Code et sur la jurisprudence.

LXIII. L'amende pour défaut de timbre d'un testament olographe ne peut pas être exigée de l'héritier, lorsqu'il présente le testament au visa pour timbre. (*Décision du 14 juin 1823.*) Cette décision est fondée sur ce que la contravention étant personnelle, l'amende ne peut être exigée de l'héritier du contrevenant.

LXIV. Un testament olographe n'est pas nul, quoique la date soit apposée après la signature. (*Arrêt de la Cour de Liège, du 23 juin 1823.*) Cet arrêt est fondé sur ce que, lorsqu'un testament est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, il a tous les caractères du testament olographe, qui n'est assujéti à aucune autre forme, aux termes de l'art. 970 du Code civil, et sur ce que ce Code n'a pas assigné de place déterminée aux diverses expressions dont il a exigé que le testament olographe fût formé.

LXV. Un testament olographe ne peut être déclaré nul pour défaut de date, quoiqu'il porte, au commencement, par exemple, la date du 22 et à la fin celle du 24 du même mois. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 8 juillet 1823.*)

LXVI. Un individu, né Français, ne peut pas, quelles que soient les circonstances et la durée de son habitation en Belgique, être témoin dans un testament, s'il n'a pas obtenu des lettres de naturalisation. — Et spécialement : un individu né Français, établi en Belgique avant la réunion de ce pays à la France, qui n'a cessé d'y demeurer avec sa famille, y a acquis des propriétés, s'y est remarié avec une femme du pays, a contribué à toutes les charges publiques, dont les enfants ont concouru au tirage au sort pour la milice nationale, n'a pas pu, depuis la séparation des territoires, être témoin dans un testament. — La capacité qu'il a eue à cet égard, pendant la réunion de la Belgique à la France, a cessé par la séparation des territoires. — L'erreur commune sur la capacité, ou la capacité putative, ne peuvent pas faire maintenir le testament. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 12 juillet 1823.*) Cet arrêt est fondé sur les dispositions expresses des art. 980 et 1001 du Code civil, d'après lesquels les témoins appelés à la réception d'un testament doivent, à peine de nullité, être sujets du Roi des Pays-Bas, ce qui ne peut avoir lieu que de deux manières, par la naissance ou par la naturalisation. Quant aux moyens tirés des traités politiques, l'arrêt les combat victorieusement par les motifs que nous avons rapportés dans un autre article. On s'était fait aussi un moyen de l'établissement sans esprit de retour; mais la Cour a pensé, qu'à la vérité, sous l'empire des constitutions de l'an 3 et de l'an 8, la résidence en France, pendant 7 ans sous la première, et pendant 10 ans sous la seconde, donnait aux étrangers le droit à la qualité de citoyen, et que cela se concevait aisément à l'égard d'un étranger, mais difficilement à l'égard d'un Français de naissance qui, à ce titre, déjà citoyen de sa patrie, transporte sa résidence d'un endroit dans un autre endroit de la même domination, ou d'un territoire qui y est réuni, et où les lois civiles et politiques sont les mêmes; que d'ailleurs et quoiqu'il en fût, on devait observer que cette faveur ne s'accordait à l'étranger que lorsqu'il avait fait précéder le terme exigé de sa résidence d'une déclaration de son intention d'y fixer son domicile. — Enfin on avait invoqué la loi fondamentale des Pays-Bas; mais la Cour a, par une conséquence de son principe, considéré qu'en combinant les art. 4, 8, 9, 10 et 192 de cette loi, et en admettant même que ce dernier voudrait autre chose que de placer toutes les religions sur la même ligne, il en résultait clairement que, quels que soient les termes de l'art. 4, il faut pour être régnicole ou sujet du Roi, être né ou naturalisé dans le royaume.

LXVII. L'art. 70, § 2, n° 16 de la loi du 22 frimaire, qui exempte de l'enregistrement les actes authentiques passés dans les pays réunis, antérieurement à la réunion, n'est pas applicable aux testaments, faits en forme authentique. — En d'autres termes : les testaments passés authentiquement dans les pays réunis, avant l'introduction des lois sur l'enregistrement, et qui, lors de la passation, n'étaient soumis à aucun autre droit que celui du timbre, qui avait été acquitté, doivent néanmoins être soumis à l'enre-

gisterment dans les délais prescrits par la loi du 22 frimaire an 7, si le testateur est décédé depuis la promulgation de cette loi dans le pays. (*Arrêt de la Cour de cassation de La Haye, du 28 juillet 1823.*)

LXVIII. Le testament conjonctif, par lequel deux époux instituent le survivant héritier universel du défunt avec la clause suivante : « Que tout » ce que le survivant laissera en entier et inaliéné, rien excepté, et ce » nonobstant que cela serait venu du chef du premier mourant ou du sur- » vivant, et nonobstant toute augmentation ou diminution, depuis le décès » du premier mourant, lors de la mort de lui ou d'elle survivante, sans » déduction des portions trébelliniques ou autres connues en droit, comme » on le défend expressément, passera, etc., » ne peut pas être considéré comme contenant une clause contraire à la loi, en ce qu'elle restreindrait, dans le chef de l'héritier, le droit de propriété, tel qu'il est défini par l'article 544 du Code civil, et par suite, cette clause ne doit pas être réputée non écrite aux termes de l'art. 900 du même Code. (*Arrêt de la même Cour, de juillet 1823.*) La principale question jugée par cet arrêt était relative aux fidéi-commis. (Voyez ce que nous en avons dit, au n^o 15 de nos remarques à la suite des observations préliminaires, 1^{er} vol., pag. 191.)

LXIX. Le testament olographe fait par lui-même foi de sa date, et l'art. 1328 du Code civil est sans application à des testaments. — Dans cette matière il est laissé à l'arbitrage des juges d'apprécier la pertinence des faits posés sur ce point, et leur décision quelle qu'elle soit est à l'abri de la cassation. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, de juillet 1823.*)

LXX. Un testament conjonctif, fait sous l'empire de l'édit de 1611, est valable, bien qu'il ne contienne pas la mention de l'interpellation faite par le notaire aux testateurs et aux témoins s'ils savaient écrire, et de la déclaration de ceux-ci à cet égard, si d'ailleurs il est signé par le testateur et par les témoins, et porte une croix, avec la déclaration que cette croix a été apposée par la testatrice pour tenir lieu de la signature. — L'observation des formalités était moins rigoureuse pour un acte révoatoire que pour un testament. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 31 octobre 1823.*) Cet arrêt est fondé sur ce qu'en combinant les termes de l'art. 12 de l'édit perpétuel avec son esprit et avec le but que le législateur s'est proposé, il est suffisamment satisfait au prescrit de cet article, quand il est fait dans l'acte mention que les testateurs et témoins qui savent écrire ont signé, et que ceux qui n'auront pas signé ne savaient pas écrire; que c'est ainsi que l'article a été entendu dans le rescrit du 12 avril 1630, au sujet de l'interprétation demandée sur ce point par le magistrat d'Anvers; et sur ce que l'on était moins rigoureux à l'égard d'un acte révoatoire, quand celui-ci tendait à faire revivre l'ordre naturel et légal de succession, intervenu par une disposition testamentaire antérieure. Quelques rescrits et placards du Brabant paraissent avoir adopté une opinion contraire, et Coloma y a joint son autorité; mais un plus grand nombre l'ont établie, et elle a pour elle le suffrage de Wynants et d'Anselmo.

LXXI. Nous avons rapporté, sous le n^o 57, un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 20 novembre 1822, qui avait déclaré nul un testament olographe, comme non daté, parce que la date qu'il portait était évidemment fautive, et que l'on ne pouvait pas préciser, d'après le contexte du testa-

ment, à quelle époque il aurait été signé. On a prétendu, sur le pourvoi, que cet arrêt avait faussement interprété l'art. 970 du Code civil; mais la Cour a rejeté, sur le motif en fait que la date devait être considérée comme n'existant pas, et en droit que l'art. 970 exige que le testament olographe soit écrit et signé de la main du testateur, et qu'il soit daté ou fasse mention du jour où la signature y a été apposée, le tout à peine de nullité, conformément à l'art. 1001; et que, si les auteurs et les arrêts ont décidé qu'une erreur de date ne suffit pas toujours pour annuler un testament olographe, cette exception ne peut être admise que dans le cas où toutes les circonstances de l'acte démontrent cette erreur, et lorsque son contenu ainsi que lesdites circonstances ne laissent aucun doute sur l'époque véritable où le testament a été signé.

LXXII. De ce que la reconnaissance des enfans adultérins est *prohibée*; il ne s'ensuit pas que celle contenue dans un testament, par lequel le testateur fait des legs au profit de deux enfans adultérins et de la mère de l'un d'eux *doive être réputée non écrite*, et par suite, que le testament *doive recevoir son exécution*. (*Arrêt de la Cour de Liège, du 31 décembre 1823*.) Jusqu'à cet arrêt, la question avait été très-controversée, et dans la discussion qui l'a précédé, les deux opinions ont été mises en présence; d'une part on a cité, sur le sens dans lequel il fallait entendre l'art. 762, le rapport de *Jaubert* au tribunal et le discours de *M. Simeon* au corps législatif; l'autorité des anciens jurisconsultes *Pothier* et *Purgole*, et celle des auteurs modernes *MM. Merlin, Toullier, Grenier*, etc. On a trouvé des points d'appui dans la jurisprudence des Cours royales d'Anvers, de Nancy, de Bruxelles, de Paris et dans l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation. D'autre part, on a invoqué les art. 335, 342 et 900 du Code civil, et on s'est appuyé sur la discussion de *Tronchet*, et de *Treilhard* comme auteurs du gouvernement, sur l'opinion particulière de *Chabot*, et de *MM. Loiseau et Locré*, et sur la jurisprudence nouvellement adoptée par la Cour de cassation de France; mais la Cour de Liège s'est fortement prononcée, pour la première opinion, en déclarant que les deux enfans n'avaient été appelés à la succession qu'en qualité d'enfans naturels; que la preuve était acquise qu'ils étaient nés d'un commerce adultérin; que ces légataires ne pouvaient recueillir le bénéfice de l'institution faite à leur profit, soit à défaut de volonté de la part du testateur, s'ils n'étaient pas ses enfans, soit à défaut de capacité, comme ses enfans adultérins; que la cause qui avait déterminé la disposition en faveur de la mère étant illicite, contraire à la loi et aux bonnes mœurs, la viciait également, et que d'ailleurs les mêmes motifs s'appliquaient également à la mère, qui serait de plus personne interposée.

LXXIII. Lorsqu'il n'existe entre les créanciers aucune cause légitime de préférence, le débiteur ne peut pas, par son testament, ordonner que les uns soient payés par préférence aux autres. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 7 février 1824*.) Cet arrêt est fondé sur ce qu'un pareil testament ne pouvait avoir aucun effet, puisqu'il est constant qu'un débiteur ne peut faire de dispositions contraires aux droits de ses créanciers.

LXXIV. Il n'est pas nécessaire que le dépôt du testament olographe, prescrit par l'art. 1007 du Code civil, ait été effectué, avant que le léga-

taire particulier puisse être admis à intenter l'action en délivrance de son legs, lorsque d'ailleurs le but que s'est proposé la loi en ordonnant ce dépôt a été suffisamment rempli d'une autre manière. — Ce but est suffisamment rempli par le dépôt du testament au greffe d'un tribunal civil, en vertu d'un jugement, et après qu'il a été dressé procès-verbal de son état. — Un testament fait antérieurement à la loi du 17 nivose an 2, sous l'empire d'une coutume qui permettait au testateur de disposer comme il l'a fait, est valable, lors même qu'il eût été frappé de nullité par cette loi, si le testateur est décédé sous l'empire du Code civil, aux dispositions duquel ce testament ne contient rien de contraire. (*Arrêt de la même Cour, du 3 mars 1824.*) Cet arrêt est fondé : 1^o sur ce que l'art. 1007 n'a eu pour but que d'empêcher que le testament olographe demeurât en la possession de celui qui veut s'en servir, et de s'assurer par son dépôt dans les archives publiques, après en avoir constaté l'état, qu'aucun changement n'y sera plus apporté, mais que les mesures prescrites à cet égard ne sont pas telles, qu'elles doivent dans tous les cas être considérées comme un préliminaire indispensable à l'action de celui qui veut agir du chef du testament, et principalement d'un légataire particulier, si le but que s'est proposé la loi est déjà atteint par d'autres moyens légaux également efficaces; et 2^o sur ce qu'outre les principes puisés dans les lois 6, § 2, 49, § 1, ff. de *hered. institutend.*, et 12, de *injuncto, rupto et irritato facto testamento: in testamentis intermedia inter confectionem testamenti et mortem testatoris tempora nocere non solent*, cette nullité peut d'autant moins frapper le testament et le codicille dont il était question dans l'espèce, que le testateur avait survécu aux lois des 9 fructidor an 3 et 18 pluviôse an 5, qui ont déclaré celle du 17 nivose an 2 non applicable aux testaments qui ne renferment que des legs particuliers. Nous terminerons cette analyse par observer que deux arrêts, l'un de la Cour de Riom, du 17 mars 1807, et l'autre de la Cour de Rouen, du 25 janvier 1808, décident que les formalités prescrites par l'art. 1007 du Code civil ne sont pas tellement de rigueur que, faute de les avoir observées, l'héritier ou le légataire ne puisse point réclamer l'exécution du testament olographe ou mystique. La Cour de Metz a pensé également que le fait de l'institué d'avoir décacheté le testament olographe avant sa présentation au président et l'inobservation des formalités prescrites par l'ouverture d'un testament olographe n'en entraînent pas la nullité.

LXXV. Le testament olographe d'un évêque, signé seulement d'une croix, avec les initiales de ses prénoms et l'indication de son titre d'évêque de tel diocèse, est valable, s'il est constant que le prélat employait habituellement cette signature dans tous les actes qu'il souscrivait. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 23 mars 1824.*) La sénéchaussée de Clermont avait porté le même jugement dans l'affaire du testament de *Massillon*. Les deux décisions nous paraissent conformes à l'équité, puisque sous l'ancienne comme sous la nouvelle législation aucune loi n'a déterminé ni la manière ni la forme de signer, et que le but unique du législateur, en prescrivant la signature, a été que la personne et la disposition du testateur fussent certaines.

LXXVI. Lorsqu'une personne a fait un testament olographe en double original, la suppression qu'elle fait ensuite de l'un des doubles n'entraîne

pas l'annulation de l'autre. (*Arrêt de la même Cour, du 5 mai 1824.*) Cet arrêt, pour lequel on aurait pu invoquer la législation romaine, et l'autorité de ses commentateurs et des auteurs modernes, est fondé : 1^o sur ce que d'après les art. 1035 et 1036, un testament ne peut être révoqué, en tout ou en partie, que d'une manière expresse, pour un fait positif, soit par un autre testament ou par un acte notarié qui annonce le changement de volonté, soit par la disposition d'un second testament, inconciliable avec celle du premier, d'où la conséquence que cette révocation ne peut s'induire ni de présomptions ni de conjectures, quelque graves qu'elles soient; 2^o sur ce qu'il est incontestable qu'un testateur peut, sans recourir à la forme prescrite par les art. 1035 et 1036, révoquer son testament, en supprimant ou annulant l'acte qui le contient; mais que cette suppression ou annulation doit être constatée d'une manière aussi expresse que la révocation dont parlent les articles précités, car il serait impossible d'admettre, d'une part, que la loi défende de tenir un testament pour révoqué, à moins que ce fait ne fût prouvé littéralement, et d'autre part, qu'elle permette de le tenir pour supprimé ou annulé, lors même que cet acte fait ne serait indiqué que conjecturalement; et 3^o sur ce que l'annulation de l'un des exemplaires qui avait une date fautive, n'entraînait pas la nullité de l'autre qui était fait dans la forme prescrite par l'art. 970, et par conséquent valable.

LXXVII. L'art. 214 du Code de procédure ne commande pas d'exclure l'inscription en faux incident, par la seule circonstance que la partie qui la propose emploierait simultanément d'autres moyens qu'elle croirait propres à fonder ses prétentions; ainsi il doit s'entendre dans ce sens que le juge peut la rejeter, lorsqu'une telle procédure en faux serait frustratoire, comme il pourrait arriver dans le cas de la co-existence de deux testaments, dont l'un serait argué de faux; mais il n'en est pas de même lorsque la plupart des faits allégués concourent à corroborer la preuve de faux. — L'art. 234 du même Code n'impose pas, à peine de nullité, l'obligation de faire parapher les pièces prétendues fausses par les témoins, et les autres dispositions de la loi, relatives aux formalités des enquêtes, auxquelles renvoie l'art. 234, ne prononcent pas de nullité pour défaut de ce paraphé; en tout cas cette nullité, si elle existait, pourrait ne frapper que sur la partie des dispositions relatives à la contrefaçon de la signature du testateur. — En général toute personne qui a connaissance d'un fait peut et doit en déposer en justice s'il en est requis, et si d'ailleurs la loi ne repousse son témoignage par une disposition formelle; elle a établi plusieurs exceptions à ce principe général, mais il n'en est aucune qui soit applicable aux témoins instrumentaires; on peut d'autant moins rejeter, indistinctement et dans tous les cas, leur témoignage que quelquefois ils peuvent avoir été trompés, soit par leur ignorance, soit par la fourberie du notaire qui a reçu le testament, et la défense de les entendre ouvrirait la porte à une foule d'injustices et de manœuvres frauduleuses dont l'impunité serait assurée. — On ne peut cependant se dissimuler que le système contraire ne présente des dangers très-graves, en ce qu'il peut conduire à faire dépendre le sort d'un des actes les plus importants (le testament), de la déposition de quelques témoins d'autant moins propres à inspirer la

confiance nécessaire, qu'ils sont eux-mêmes quelquefois en opposition formelle avec ce qu'ils ont attesté par leur signature à l'acte, et avec ce qui est en outre confirmé par le témoignage de l'officier public, présumé toujours digne, en sa qualité, de la confiance nécessaire à l'exercice des fonctions que la loi lui attribue; dans cet état de choses, ce n'est qu'avec la plus grande circonspection que le juge peut prendre part à leurs dépositions, et il ne doit les admettre pour règle de sa décision qu'autant qu'elles sont corroborées par un concours de circonstances graves, propres à faire prévaloir leur second témoignage sur celui qu'ils avaient antérieurement donné en opposant leur signature à l'acte; dans des cas semblables, le juge ne peut négliger aucun des moyens propres à éclairer sa conscience, et la prudence lui fait la loi de ne se décider qu'après les avoir en quelque sorte épuisés. (*Arrêt de la même Cour, du 12 mai 1824.*) Les principes développés dans cet arrêt nous ont paru si clairement exprimés, et si utiles, que nous avons cru devoir les rapporter entièrement pour l'instruction de ceux qui sont appelés à en demander l'application, ou à les appliquer eux-mêmes.

LXXVIII. Les formalités particulières prescrites par le Code civil pour les testaments doivent être observées, et ne s'étendent pas aux actes d'une autre espèce, pour lesquels il suffit que les témoins assistent à la lecture et à la signature. (*Arrêt de la même Cour, de mai 1824.*)

LXXIX. Celui qui, dans un acte en forme de testament, commande à l'avenir et dispose pour un temps où il ne sera plus, exerce en quelque sorte la puissance législative, ce qui a fait dire à la loi romaine *disponat testator et erit lex*; en conséquence la loi place momentanément le testateur dans la classe des fonctionnaires publics, d'où il résulte qu'il imprime l'authenticité à la date qu'il donne à son testament. Au surplus, la force des choses conduirait seule à cette conséquence; en effet, lorsqu'une personne a laissé plusieurs testaments, si leur date ne faisait pas foi par elle-même, auquel de ces différens actes attribuerait-on l'authenticité? dono le testament olographe fait foi de sa date, d'une manière absolue. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, de 1824.*) Cette jurisprudence confirme celle qui était déjà consacrée par les arrêts du 21 juin 1822, et de juillet 1823, que nous avons rapportés plus haut.

LXXX. Il n'est pas satisfait au prescrit de l'art. 973 du Code, par la seule mention que le testateur a déclaré ne savoir écrire, s'il est prouvé qu'il savait signer antérieurement à son testament. — On doit présumer, en ce cas, que l'impuissance de signer provenait d'une cause physique, et par suite, le testament est nul, à défaut de mention expresse de la cause qui a empêché le testateur de signer. (*Arrêt de la Cour de La Haye, du 20 octobre 1824.*) Par arrêt du 16 mai 1821, la même Cour a décidé que la mention de ne savoir écrire, est suffisante lorsque l'impuissance de signer provient de l'incapacité du testateur dans l'art de l'écriture, et que ce n'est que lorsqu'il y a impuissance physique, que la cause de l'empêchement doit être exprimée. Les arrêts que la Cour de Bruxelles a rendus les 6 octobre et 9 décembre 1815, 22 mars 1817, 3 décembre 1818, avaient déjà jeté un grand jour sur la question; mais celui qui a dû achever la conviction a été rendu par la Cour de Bruxelles, le 25 mars 1824, et

quoiqu'il ne s'exprime qu'en termes généraux, on a pensé que le principe qui y était énoncé ne pouvait être applicable qu'aux testamens et tout au plus aux donations entre vifs. Il pose en principe que le contrat notarié qui renferme de la part d'une des parties, la déclaration de ne savoir signer, n'est pas radicalement nul, lorsqu'il est prouvé que cette partie savait signer lors de la passation de l'acte; qu'il peut résulter au moins de cette circonstance une présomption que la partie qui a fait une telle déclaration n'a point voulu s'obliger réellement, ce qui peut être suffisant pour prononcer la nullité de l'acte; qu'il ne suffit pas, pour admettre une telle présomption, que la partie ait su signer antérieurement; et qu'il faut au contraire qu'il soit établi qu'elle était encore, à l'époque de la passation de l'acte, dans l'habitude de signer, et qu'elle n'était point dans l'impossibilité de le faire lorsque l'acte a été passé. Ce principe a reçu son application dans une affaire de testament qui a donné lieu à l'arrêt du 22 mars 1817 que nous avons rapporté plus haut. Il serait applicable aux contrats ordinaires, et même aux donations qui auraient été la cause d'un engagement contracté par le donataire, telles que les donations mutuelles ou celles faites pour cause de mariage; mais la demande en nullité pourrait être plus victorieusement repoussée, d'après la jurisprudence des arrêts, par l'exception de dol et par la maxime si morale, *malitiis hominum non est indulgendum*, sauf à la partie qui aurait faussement déclaré ne savoir signer à prouver que son consentement n'a pas été libre.

LXXXI. Les mots *l'un et l'autre* peuvent, dans le style des notaires, s'appliquer à plus de deux personnes, lorsque la contexture de la phrase comporte raisonnablement pareille extension. (*Arrêt de la Cour de Liège, du même jour.*) Cet arrêt est fondé sur ce que, dans l'usage ordinaire, l'expression *l'un et l'autre*, s'emploie souvent, quoiqu'il s'agisse de plus de deux individus; et que, fût-elle même inexacte ou incomplète, il n'y aurait pas encore de raison suffisante pour excepter, des qualifications qui précèdent et suivent immédiatement, celle de la désignation du domicile, et pour la restreindre aux deux témoins nommés en dernier lieu.

LXXXII. L'erreur dans la date d'un testament olographe le rend nul, si elle ne peut être rectifiée par les circonstances ou les énonciations contenues dans le testament même, de manière à ne laisser aucun doute sur la véritable date de ce testament. — Il en est de même de l'antidate matériellement prouvée. — Et spécialement : un testament olographe, daté du 10 août 1812, et écrit sur un timbre belge qui n'a été mis en usage que le 1^{er} avril 1814, est nul pour défaut de date, s'il est impossible de fixer avec certitude, par les circonstances et les énonciations du testament même, la véritable date de ce testament. (*Arrêt de la Cour de cassation de Bruxelles, du 4 décembre 1824.*) Comme dans les derniers temps on a élevé des doutes sur cette question, il est essentiel de faire connaître les motifs de cet arrêt et les autorités qui peuvent être invoquées à son appui. La Cour de cassation de France avait, par un arrêt du 19 février 1818, posé en principe qu'il résultait des momens les plus solennels de la jurisprudence, qu'en droit une erreur de date ne vicia pas l'acte qui la renferme, *toutes les fois qu'on trouve dans le même acte des élémens matériels et physiques qui la corrigent, la vivifient et la fixent nécessai-*

rement. *Furgole*, *Toullier* et l'auteur du répertoire ont professé la même doctrine, de sorte qu'on peut regarder comme un sophisme l'opinion contraire.

LXXXIII. Un arrêt de la Cour de Turin, du 29 mai 1810, avait jugé que tout ce qui n'est pas *ville* ou *bourg*, était campagne. Telle est aussi la doctrine de MM. *Grenier* et *Toullier*. La question s'étant présentée devant la Cour de Bruxelles, elle a décidé qu'on ne peut pas considérer comme *campagnes*, dans le sens de l'art. 974, les habitations qui se trouvent hors de l'enceinte d'une ville, mais qui font partie de son territoire. Le même arrêt annule également le testament par ce motif que, parmi les témoins qui ont assisté au testament, il en est un qui ne l'a pas signé. (*Arrêt du 18 décembre 1824.*)

LXXXIV. Les dispositions testamentaires, antérieures à la loi du 5 brumaire an 2, et dont l'auteur était vivant lors de la publication de la loi du 17 nivose, mais est décédé avant la publication de celle du 22 ventose même année, ne sont pas nulles pour le tout, à défaut d'avoir été renouvelées. — Ces dispositions ne doivent pas être maintenues, à concurrence de la quotité disponible établie par l'art. 16 de la loi du 17 nivose an 2, conformément aux art. 4, 5 et 6 de la loi du 18 pluviôse an 5. — Si le testateur avait institué son épouse, pour une moitié de sa succession immobilière, et des étrangers pour l'autre moitié, l'annulation faite au profit de ces derniers ne pourrait pas profiter à l'épouse. (*Arrêt de la Cour de Liège, du 20 décembre 1824.*)

LXXXV. En règle générale, des signatures apposées sur des actes authentiques suffisent pour servir de pièces de comparaison, quand il s'agit de vérifier l'écriture d'un testament olographe. (*Arrêt de la même Cour, du 29 décembre 1824.*)

LXXXVI. Après un jugement qui ordonne la vérification par experts de l'écriture d'un testament, et après l'expertise, on est encore recevable à demander d'être admis à prouver, par témoins, la vérité de l'écriture déniée. — Dans ce cas, le délai de l'enquête ne court que depuis le nouveau jugement qui l'ordonne, et suivant les distinctions établies par l'article 257 du Code de procédure. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 5 janvier 1825.*)

LXXXVII. La surcharge, non approuvée, de la date du jour, dans un testament olographe, n'entraîne pas la nullité du testament, si d'ailleurs la date en est lisible et certaine. — Le testament olographe n'est pas nul, si le testateur, ayant atteint le bout de la ligne lorsqu'il lui restait encore à tracer la dernière lettre de son nom, a placé cette lettre au dessus des autres, de sorte que son nom ne se trouve pas en entier sur la même ligne. — L'envoi en possession dont parle l'art. 1008 du Code civil peut être accordé, bien que le testament olographe, en vertu duquel on le demande, soit attaqué ou méconnu. — En cas de dénégation de l'écriture d'un testament olographe par les héritiers du sang, c'est au légataire universel qu'incombe la charge de faire vérifier l'écriture. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 29 janvier 1825.*) Cet arrêt est fondé : 1^o sur ce qu'il suffit, pour la validité d'un testament olographe, lorsqu'il est écrit en entier de la main du testateur, que la date soit lisible et certaine; cette jurisprudence

était déjà consacrée par arrêt de la Cour de cassation de France, du 11 juin 1810; 2^o sur ce que, bien que l'art. 16 de la loi du 25 ventose an 11 sur le notariat, déclare nuls les mots surchargés dans un acte, cette disposition ne peut être étendue aux actes sous seing-privé, ni par conséquent à la date d'un testament olographe, lorsque d'ailleurs aucun doute ne s'élève à l'égard de cette date écrite par le testateur, et sur ce qu'aucune loi ne porte que toutes les lettres d'une signature doivent nécessairement être placées sur la même ligne, et qu'il est naturel, lorsqu'à la fin de la ligne une lettre du nom reste encore à écrire, qu'on ne l'écrive pas sur une même ligne, mais bien au dessus de la dernière de la même ligne; 3^o sur ce que, pour obtenir l'envoi en possession, il suffit, d'après l'art. 1008 du Code, que le légataire universel présente au président du tribunal un acte revêtu des formes extérieures d'un testament olographe; qu'un tel envoi n'est qu'une mesure provisoire qui n'attribue aucun droit définitif à celui qui l'obtient, et laisse dans leur entier les droits de toutes les parties, puisque le président ne doit prendre aucune connaissance des vices dont le testament qu'on lui présente pourrait être entaché; cependant M. Grenier, M. Delvincourt, et la jurisprudence des arrêts sont d'accord sur ce point que les héritiers du sang, qui attaquent le testament, peuvent, suivant les circonstances, être admis à prendre des mesures conservatoires, et cette opinion a été adoptée par la Cour de Bruxelles, dans les arrêts des 3 juillet et 16 mai 1823, que nous avons rapportés plus haut; et 4^o sur ce que l'ordonnance d'envoi en possession, accordée en vertu d'un testament olographe, n'ayant pu donner à cet acte le caractère d'un acte public, c'est au légataire universel qu'incombe la charge de faire vérifier l'écriture; cette dernière partie a été controversée. M. Toullier, pour soutenir l'opinion contraire, s'est appuyé d'un arrêt de la Cour de Caen, du 4 avril 1812; mais il a contre lui la jurisprudence des Cours de Bruxelles, de Gênes, de Colmar, et l'autorité professorale de M. Delvincourt.

LXXXVIII. Un Français, ayant obtenu des lettres de naturalisation dans le royaume des Pays-Bas, peut y être témoin dans un testament par acte public, bien qu'il ait conservé un domicile en France et qu'il y jouisse même d'une pension. — Le testament par acte public ne doit pas, à peine de nullité, faire mention expresse qu'il a été écrit en présence des témoins. — La mention de la lecture du testament au testateur en présence des témoins ne doit pas se trouver nécessairement après la clôture de cet acte, de telle sorte qu'elle suive la signature du testateur et des témoins, ainsi que la mention de la déclaration faite à cet égard. (*Arrêt de la même Cour, du 7 février 1825.*) La première partie de cet arrêt avait été déjà jugée dans le même sens et par la même Cour, par arrêt du 17 mai 1819, que nous avons rapporté à sa date. Quant aux deux autres parties, la décision est fondée sur la contexture et l'ordre des art. 972 et 973 du Code civil, et particulièrement de l'art. 14 de la loi du 25 ventose an 11, sur le notariat.

LXXXIX. Les testaments qui n'ont été présentés à l'enregistrement que plus de trois mois après la mise en vigueur de la loi du 31 mai 1824, ont été et sont, dans tous les cas, passibles du droit de 2 fl. 40 cents, suivant l'art. 11 de cette loi, et non du droit de 3 francs, suivant l'art. 68, § 3, n^o 5 de la loi du 22 frimaire an 7. (*Décision du 1^{er} avril 1825.*)

XC. La déclaration, par le testateur, de la cause qui l'empêche de signer, ne peut pas être suppléée par des circonstances plus ou moins atténuantes. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 5 avril 1825.*) Cet arrêt est fondé sur ce que le testament soumis à la Cour n'avait pas été signé par le testateur, et que, d'ailleurs, le notaire n'avait pas mentionné dans son acte que le testateur eût lui-même déclaré qu'il ne pouvait le signer; et sur ce que les différens faits mentionnés par le notaire, n'étant ni précis ni concluans, ne pouvaient légalement suppléer à la déclaration exigée par la loi.

XCI. On prétendait que la clause d'un testament renfermait une condition impossible et qui, partant, devait être réputée non écrite; on en conclut que l'arrêt qui avait refusé de le juger ainsi, violait l'art. 900 du Code civil; mais il a été décidé que l'arrêt attaqué n'avait fait autre chose qu'apprécier et interpréter les clauses d'un testament, et que son interprétation, quelle qu'elle fût, n'était pas susceptible d'être attaquée par la voie de la cassation. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 5 avril 1825.*)

XCII. Sous l'empire du Code civil, encore en vigueur, le testament olographe fait foi de sa date jusqu'à preuve contraire, même dans le cas où le testateur est mort en état d'interdiction. (*Arrêt du 15 avril 1825, rendu en cassation.*) Cet arrêt ayant donné lieu à une discussion extrêmement importante, il est nécessaire d'entrer dans quelques détails. On a prétendu que l'arrêt avait fait une fausse interprétation et une fausse application des art. 970, 1007 et 1008, et violation des art. 502, 901, 971, 999, 1316, 1319, 1322 et 1328 du Code civil, et pour le prouver on s'est d'abord autorisé de l'art. 1317 pour soutenir, contre l'opinion de MM. Merlin et Toullier, que le testament olographe n'est pas un acte authentique, mais un acte privé, quoiqu'un arrêt de la Cour de cassation de France, du 29 avril 1824, ait décidé le contraire. Et comme l'arrêt, en ne contestant pas que le testament olographe fût un acte privé, ajoutait que c'était un acte privé d'une nature différente des actes privés ordinaires, on a combattu cette doctrine, en disant que le législateur ne reconnaissait point d'actes mixtes; que toutes les règles d'interprétation s'opposaient à ce que l'on créât une distinction de cette nature; que si elle eût été dans la pensée du législateur, il l'eût sûrement exprimée, comme étant contraire aux principes du droit commun et en opposition avec les dispositions générales du Code; qu'ainsi le testament olographe n'était pas une créature mixte, que c'était un acte privé, soumis aux règles générales tracées pour cette espèce d'acte; et que, d'après les principes de droit et de jurisprudence, l'acte sous signature-privée ne fait pas foi de sa date, même contre les héritiers ou ayant cause de celui auquel on l'attribue, toutes les fois qu'en matière d'interdiction, de faillite et autres, il peut y avoir eu fraude à la loi sur la capacité. Quant à la seconde objection tirée de la nécessité de la date, on a répondu qu'il ne fallait pas conclure de cette nécessité à la fixité, et on a fait valoir les motifs qui avaient déterminé le législateur à établir l'une et l'autre, afin que la volonté fût réellement exprimée, et que les incapables surtout fussent à l'abri de toute surprise. On a invoqué l'autorité de *Furgole*, de *Chabot*, de *M. Grenier*, et de *M. Toullier* lui-même qui, quoiquo

d'une opinion différente sur les testamens olographes, a néanmoins enseigné qu'un testament de ce genre qui renfermerait la reconnaissance d'un enfant naturel, ne ferait pas foi de sa date relativement à la légitimation. — Ces moyens étaient séduisants sans doute, et devaient donner lieu à un arrêt très-motivé qui, faisant autorité dans la matière, mérite d'être connu dans toutes ses considérations. La Cour a déclaré : 1^o que le but principal du législateur, en autorisant le testament olographe, a été de donner le moyen de disposer *secrètement* et de manière à ce que les dernières volontés pussent rester entièrement inconnues et cachées jusqu'au décès du testateur ; 2^o qu'il a d'ailleurs accordé la confiance la plus entière à cette forme de disposer, laquelle il a considérée comme la plus propre à contenir l'expression sincère et non équivoque des intentions du testateur, et à éloigner les soupçons de suggestion et de captation ; 3^o que cette idée a tellement dominé les jurisconsultes français, que la plupart d'entre eux ont été jusqu'à envisager le testateur comme une espèce d'officier public dans son testament auquel, en cette qualité, il donnait, selon eux, un caractère d'authenticité ; 4^o que, dans l'origine de la législation française sur cette matière, la date n'était pas plus exigée pour les testamens olographes que pour tout autre acte sous seing-privé, et que si ensuite l'ordonnance de 1735 et le Code civil ont fait de la date une formalité nécessaire à peine de nullité, cela n'a eu lieu que dans le but manifeste d'assurer au testament olographe une *date fixe et certaine*, qui pût servir de point de départ pour établir la capacité du testateur, à l'époque de la confection, et la priorité du testament, en cas qu'il en eût fait plusieurs ; 5^o qu'on ne peut donc raisonnablement douter que le législateur n'ait entendu que le testament olographe ferait présumer par lui-même la réalité de sa date, et qu'on ne peut admettre, sans lui prêter la plus choquante contradiction, qu'il ait voulu, d'un côté, faire dépendre la certitude de la date des formalités ou circonstances de l'art. 1328, et d'un autre côté, exiger à peine de nullité une indication de la date, qui eût été sans but et parfaitement inutile dans cette supposition ; 6^o que d'ailleurs le testament olographe étant de sa nature un acte secret, révocable jusqu'à la mort, et par lequel le testateur ne contracte aucune obligation envers personne, il est impossible d'imaginer que le législateur ait voulu faire dépendre sa date de la formalité de l'enregistrement, ou de la mention dans des actes dressés par des officiers publics, comme lorsqu'il s'agit d'actes sous seing-privé ordinaires ; 7^o qu'en effet tous les termes de l'art. 1328 résistent à ce que l'on puisse étendre aux testamens olographes des dispositions qui n'ont évidemment été faites que pour les actes entre vifs, et qu'il faut conclure au contraire que le législateur s'est contenté, pour assurer au testament olographe une date certaine, des formalités de l'art. 970, et que c'est pour trancher toutes les anciennes difficultés sur ce point qu'il a ajouté ces mots remarquables : *il n'est assujéti à aucune forme*, qui ne se trouvaient point dans l'ordonnance de 1735 ; 8^o que si, d'après ce qui précède, on doit reconnaître avec l'arrêt attaqué que le testament olographe fait par lui-même foi de sa date jusqu'à preuve contraire, on ne peut admettre une exception à ce principe pour le cas où le testateur serait devenu incapable de tester avant sa mort, et où cette incapacité survenue ferait soupçonner la fraude, parce que, si le législateur

eût voulu faire cette exception, il l'eût exprimé à la suite de l'art. 970, et que, dans l'absence de toute disposition à cet égard, on ne peut articuler aucun texte de loi qui aurait été violé; que d'un autre côté, l'incapacité survenue (l'interdiction) n'a point d'effet rétroactif au delà de l'époque où elle a commencé; 9^o que le soupçon d'antidatation ne peut pas lui-même détruire la présomption légale qui a été accordée au titre de l'héritier institué, mais seulement servir d'adminicule aux héritiers du sang pour établir, à l'aide d'autres circonstances, la preuve que le testament a été réellement antidaté; 10^o que si, d'un côté, le système adopté par l'arrêt présente des inconvénients, en ce qu'il peut favoriser la fraude et faire éluder les effets de l'interdiction ou de toute autre incapacité, de l'autre côté, le système opposé aurait des inconvénients non moins graves, en ce qu'il tendrait à rendre sans effet tous les testaments olographes faits de bonne foi et à des époques bien antérieures à l'incapacité survenue, et qu'en résultat il obligerait tout testateur, faisant un testament olographe en bon sens et pleine capacité, à le faire enregistrer de suite, pour éviter l'effet des incapacités quelconques qui pourraient lui survenir plus tard, pensée qui répugne à la nature du testament olographe, et que le législateur n'a pu avoir, dès l'instant qu'il a autorisé cette espèce de testament.

Il est résulté de toutes ces considérations, qui sont autant d'autorités dans la matière du testament olographe par les incapables, que l'arrêt a été confirmé comme il devait l'être.

L'art. 55 de la loi du 25 février 1825, qui doit faire partie du nouveau Code civil, disposant que le testament olographe devra sous peine de nullité être déposé chez un notaire, et d'après l'art. 56, n'étant censé avoir été fait que le jour de la date du dépôt, *sans* égard à la date que pourrait porter le testament même, on a demandé si les testaments olographes portant une date antérieure à la mise en vigueur du nouveau Code seraient affranchis de la nécessité du dépôt, et on a émis le vœu d'une disposition législative transitoire, qui pût lever tous les doutes à cet égard.

XCIII. Le greffier qui, avant l'enregistrement du testament, rédige un procès-verbal d'apposition de scellés, à la requête de l'exécuteur testamentaire, mais sans mentionner le testament, n'est pas en contravention. (*Solution du 25 avril 1825.*)

XCIV. De deux lois qui statuent sur le même objet, la seconde doit nécessairement prévaloir. — La loi du 25 ventose an 11 et le Code civil se sont également occupés du domicile des témoins testamentaires; si la première de ces deux lois veut que les témoins soient domiciliés dans l'arrondissement communal du testateur, la seconde, moins exigeante, mais non moins explicite, se contente d'un domicile dans les pays et terres de la domination du roi, ce qui résulte de ces expressions de l'art. 980, *sujets du roi*, expressions employées dans cet article comme synonymes du mot *républicains*, consigné dans l'édition originale. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 10 mai 1825.*) Cette jurisprudence n'était pas d'abord celle de la Cour de Bruxelles, ainsi que le porte son arrêt du 13 avril 1811, mais, le 27 du même mois, elle l'a adoptée, et depuis elle a été consacrée par les Cours de Douai, de Caën, de Limoges, de Paris, de Rouen, de Bordeaux, d'Orléans, etc.

XCV. Un testament n'est pas nul, si la mention, qu'il a été écrit par le notaire, tel qu'il lui a été dicté, émane du testateur et non du notaire. — L'héritier institué est censé, à moins de preuve contraire, avoir ignoré le vice du testament et, par suite, il a fait les fruits siens, comme possesseur de bonne foi. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 1^{er} juin 1825.*) Cet arrêt est fondé sur les dispositions littérales des art. 970 et 971 du Code civil.

XCVI. La loi de ventose an 11 ne fait aucun obstacle à ce que les témoins appelés pour attester l'individualité du testateur, soient simultanément témoins instrumentaires. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 7 juin 1825.*)

XCVII. S'il est vrai que les notaires doivent observer dans les actes de dernière volonté les règles tracées par la loi du 25 ventose an 11, pour autant qu'elles sont applicables auxdits actes, et qu'il n'existe pas de disposition particulière à leur égard, il n'est pas moins certain que la règle générale établie en France depuis long-temps, et qui obligeait les notaires à tenir minute des actes qu'ils reçoivent, était soumise à beaucoup d'exceptions, tant par les anciennes ordonnances que par l'usage, surtout pour ce qui concerne les actes qui ne renfermaient pas de conventions synallagmatiques, et dont le contenu et la nature n'offraient qu'un acte simple ou un intérêt passager. — L'art. 20 de la loi du 25 ventose an 11, qui rappelle le même principe, le soumet aux mêmes exceptions que celles établies par les ordonnances et par l'usage, comme il résulte clairement des mots suivants au second membre dudit article : *ne sont néanmoins compris dans la présente disposition les autres actes simples qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet.* — L'acte de suscription d'un testament mystique est un acte différent du testament, et dont le seul but est d'indiquer l'identité du testament qu'il renferme, et qui n'est pas l'ouvrage du notaire; ainsi cette suscription, faite sur la demande du testateur seul, ne contenant aucun engagement, peut être rangée au nombre des actes simples, exceptés par la loi. — Le Code civil ne contient rien de contraire à cette décision, puisque l'art. 976, tout en indiquant avec beaucoup de soin les formalités à observer pour le testament mystique, n'exige cependant pas que l'acte de suscription d'un semblable testament reste déposé dans les minutes du notaire qui l'a dressé, tandis que le législateur a eu soin d'exiger expressément cette formalité, lorsque telle a été sa volonté, ainsi qu'on le voit dans l'art. 931 du même Code relatif aux donations, où il est spécialement requis qu'il reste minute desdits actes, à peine de nullité. — Cela devient encore plus clair, lorsque l'on considère que le notaire qui a dressé l'acte de suscription ne doit pas demeurer dépositaire du testament mystique; que l'art. 1007 du Code le prouve évidemment, en exigeant que le notaire qui a dressé l'acte de suscription, soit appelé devant le président du tribunal, pour assister à l'ouverture du testament, s'il se trouve sur les lieux, et que le testament soit ensuite déposé chez un notaire à nommer par le président du tribunal; qu'ainsi la loi suppose que le testament se trouve en la possession d'une autre personne que le notaire qui a fait l'acte de suscription. — Il a toujours été permis au testateur de retirer son testament mystique des mains du notaire qui a dressé l'acte de suscription, soit immédiatement après qu'elle a eu lieu, soit postérieurement à

cette époque, sans exposer par là son testament à une nullité qui n'est prononcée par aucune loi. — Quant à l'interprétation donnée à l'art. 1007, qu'il aurait prévu le cas très-extraordinaire où le notaire, rédacteur de l'acte de suscription, aurait perdu sa qualité par démission ou destitution, elle n'est pas admissible, tant parce que les lois sont faites pour ce qui doit se présenter ordinairement, que par le motif que le notaire souscripteur ne serait plus notaire à cette époque, et qu'ainsi l'art. 1007 n'aurait pas dit *le notaire sera appelé*, mais aurait indiqué clairement un cas aussi rare, si tant est qu'il eût voulu en parler. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 23 juillet 1825.*)

Comme tout est de rigueur dans la matière que nous traitons, et que l'omission de la moindre formalité dans les testaments donne lieu à des nullités, nous avons cru devoir rapporter, sous le n^o 91 et sous celui-ci, les motifs qui ont déterminé la Cour de Bruxelles en matière de testaments olographes et mystiques. Nous aimons à croire que si les notaires veulent lire avec quelque attention les remarques que nous avons faites sur leurs obligations, et notamment sur la rédaction de leurs actes (vol. 5^e, du cours de Code civil de M. Delvincourt, pag. 84), ils éviteront à l'avenir des erreurs dont les suites sont si préjudiciables à l'intérêt des familles et des créanciers dans la liquidation des successions testamentaires, et que, loin de blâmer notre juste sévérité, ils nous sauront gré du zèle que nous avons mis à faire valoir l'importance de leurs fonctions, mesurée sur la confiance sans bornes dont ils sont investis.

XCVIII. Le testament olographe est investi par la loi et d'un caractère et d'une force d'exécution qui lui sont particuliers, puisqu'elle donne la saisine de plein droit au légataire universel institué dans cette forme, lorsqu'il n'y a pas d'héritiers auxquels une quotité de biens est réservée, en remplissant les formalités prescrites par les articles 1007 et 1008 du Code. — Cette saisine de droit et la possession de fait étant réunies, c'est à ceux qui veulent les attaquer, en renversant le titre, à en prouver le vice, suivant la maxime : *actori onus probandi incumbit*; en conséquence, lorsqu'il n'existe pas d'héritier à réserve et que le légataire universel a été envoyé en possession, la vérification de l'écriture et de la signature est à charge de l'héritier qui attaque le testament, en déniaut qu'il ait été écrit et signé par le testateur. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 10 août 1825.*)

XCIX. L'inscription de faux incident est admissible, bien que l'acte argué (testament) ne présente, par lui-même, aucun signe de dol ou de fraude. — De ce que l'art. 232 du Code de procédure dit : que la preuve du faux sera faite, *tant par titres que par témoins*, il ne s'ensuit pas qu'elle ne puisse pas être faite par témoins seulement, ou qu'au moins il faille qu'il existe un commencement de preuve par écrit, attendu que l'art. 1341, en le supposant applicable aux testaments, reçoit une exception bien formelle par l'art. 1348 du même Code. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 23 novembre 1825.*) Nous parlons de cet arrêt avec plus d'étendue, lorsque nous nous occuperons de la partie de la Bibliothèque de droit qui concerne la procédure civile.

C. Un testament n'est pas nul, s'il ne mentionne le domicile des témoins

que par l'indication de la commune qu'ils habitent, et s'il n'indique pas dans quelle maison, mais seulement dans quel lieu il a été passé. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du même jour.*) Cet arrêt est fondé sur ce que l'art. 12 de la loi du 25 ventose an 11 n'exige pas, comme l'ordonnance de Blois, l'indication de la maison.

CI. Sous l'empire de la coutume de Luxembourg et de l'édit perpétuel de 1611, un testament ne devait pas, à peine de nullité, mentionner le lieu dans lequel il avait été fait et le domicile des témoins. (*Arrêt de la Cour de Liège, du 26 novembre 1825.*) Cette partie de l'arrêt est fondée sur ce que, quelle que soit l'utilité de ces sortes d'énonciations, on ne peut, dans le silence des lois anciennes, les considérer comme étant d'obligation, et moins encore attacher à leur omission la peine de nullité; que le système contraire aurait pour effet d'entreprendre sur le pouvoir législatif et de livrer le sort des actes à l'arbitraire, ce qui serait bien plus grave que les inconvénients qu'on fait résulter de l'omission des formes introduites seulement par les lois nouvelles, et qui ne tiennent point à l'essence de l'acte.

Quant aux deux autres parties de l'arrêt, comme elles sont relatives à une question de fidéi-commis, nous les avons rapportées dans nos remarques à la suite des observations préliminaires (1^{er} vol., pag. 194).

CII. La clause d'un testament contenant interdiction à l'institué, à peine de nullité de l'institution, d'attaquer une donation faite postérieurement par le testateur, et qui était viciée d'une nullité d'ordre public, doit être réputée non écrite et, par suite, l'institution doit avoir son effet comme si elle avait été pure et simple. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 14 décembre 1825.*)

CIII. Lorsqu'un rapport d'experts ordonné en matière de vérification d'écriture, décide qu'un testament (olographe) est écrit et signé par le défunt, les tribunaux peuvent juger le contraire, si telle est leur conviction d'après les circonstances de la cause, même alors que le gratifié offre une plus ample vérification. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 27 avril 1826.*) Quoique la question qui a donné lieu à cet arrêt entre dans le domaine de la procédure, elle tient tellement aux formalités testamentaires, qu'il n'est pas inutile d'entrer dans quelques détails sur les circonstances qui ont déterminé la Cour. 1^o Les experts fondaient uniquement leur opinion sur la plus ou moins grande conformité des lettres qui composaient le nom du testateur, écrit au bas des pièces de comparaison, avec le nom de ce testateur, trouvé en tête et au bas du testament, ainsi qu'avec les lettres du corps de ce testament; 2^o s'il paraissait exister de la ressemblance avec le nom du testateur, elle ne s'étendait pas au corps du testament attaqué; 3^o il était évident que le nom du testateur, se trouvant sur la première ligne et au bas de la pièce, était déjà écrit, lorsqu'on a passé à l'écriture du corps du testament; pour s'en convaincre, on n'avait qu'à considérer la pièce horizontalement, et l'on trouvait que le nom du testateur s'écartait de la première ligne tracée au crayon, et que pour atteindre ce nom avec le premier mot, l'on avait été obligé d'abaisser les deux dernières syllabes de cette ligne; 4^o on reconnaissait en outre que les lettres du corps du testament contesté étaient beaucoup plus grandes que celles du

nom du testateur, et même que les lettres du corps étaient tracés d'une main contrainte, circonstance qu'on ne rencontrait pas dans l'écriture d'un livre de comptes tenu par le testateur au temps de la date du testament, communiqué et enregistré; 5^o on ne pouvait nullement trouver dans les pièces de comparaison la conviction que le défunt qui avait signé les pièces de comparaison aurait aussi écrit, daté et signé le testament contesté, formalités requises à peine de nullité par les art. 970 et 1001 du Code civil. Telles sont les considérations tirées des circonstances de la vérification. Il en est d'autres qui tenaient à la moralité du testateur. On pouvait encore moins puiser sa conviction dans les présomptions résultant des faits et circonstances : notamment lorsque l'on considérait que le testateur avait, par son testament du 19 prairial an 12, légué à sa femme l'usufruit de tous les biens qu'il aurait délaissés à son décès, tandis que si le testament devait tenir, la susdite épouse perdrait une grande partie de son usufruit. On ne pouvait admettre ce changement dans la volonté du testateur, parce qu'il n'en était pas dit un mot dans le testament en question, et qu'il a été reconnu que le testateur avait toujours vécu jusqu'à son décès en bonne intelligence avec son épouse. Le testateur avait une famille pauvre et nécessiteuse, qui, pendant sa vie, avait reçu de lui de continuels secours, et l'on n'avait fait apparaître aucun motif qui l'eût porté à déshériter sa famille d'une grande partie de sa succession, pour la faire passer à un étranger, avec lequel il n'avait eu aucune liaison, aucun rapport, aucune intimité assez particulière pour l'engager à l'avantager aussi considérablement.

Nous avons cité toutes les dispositions de cet arrêt, afin de donner un exemple des circonstances qui peuvent former la conviction des juges, lorsque la loi est muette sur quelques formalités testamentaires.

CIV. La question de savoir si un testament qui est argué de faux contient ou ne contient pas une institution universelle, n'est pas préjudicielle à l'instruction sur l'inscription de faux. (*Arrêt de la Cour de Liège, du 8 mai 1826.*) Nous parlerons avec plus d'étendue de cet arrêt, au chapitre de l'*Institution d'héritier*.

CV. La Cour de cassation a confirmé l'arrêt du 25 juillet 1825 que nous avons rapporté à sa date, et qui avait posé en principe, que la règle générale, qui exige, à peine de nullité, que les notaires gardent minute de tous les actes qu'ils reçoivent, est applicable à l'acte de suscription d'un testament mystique. L'art. 976 prescrit, en termes exprès, que l'acte de suscription soit dressé sur le papier contenant le testament, et lorsque le testament est sous enveloppe, sur le papier servant d'enveloppe, et ne permet pas de rédiger l'acte de suscription sur un autre papier, ni dans une autre forme que celle qui y est prescrite; conséquemment l'acte de suscription rédigé sur le papier contenant le testament ou sur le papier servant d'enveloppe, doit nécessairement être la minute de l'acte de suscription; mais après la rédaction de l'acte de suscription, l'acte doit-il reposer au rang des minutes du notaire jusqu'à la mort du testateur, ou doit-il être présenté au président du tribunal civil? Ni l'article 976, ni aucune disposition législative du Code en vigueur ne prescrit au notaire de garder au rang de ses minutes l'acte de suscription;

l'article 1007 suppose même évidemment le contraire. — L'acte de suscription étant de sa nature un acte simple, tombe sans aucun doute dans les termes et *autres actes simples*, du § de l'art. 20 de la loi du 25 ventôse an 11. — Lorsque ce § parle des lois existantes, il n'a en vue que les lois françaises et parmi elles la déclaration du 7 décembre 1823. — Sous l'empire de l'ordonnance de 1735, il était admis d'une manière incontestable que, conformément aux dispositions de cette déclaration, l'acte de suscription comme acte simple, ne devait pas reposer au rang des minutes du notaire, et que, d'après le rapport fait au corps législatif, le Code civil n'a apporté aucun changement aux dispositions de l'ordonnance de 1735, relativement aux testamens mystiques. — Ces importantes et nouvelles considérations, jointes à celles qui ont motivé l'arrêt, ne laissent rien à désirer sur cette matière.

CHAPITRE II.

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE LEGS, DES OBLIGATIONS ET DES DROITS DES LÉGATAIRES.

Division de ce chapitre.

POUR traiter avec méthode cette matière aride en elle-même, je vais l'examiner sous cinq différens points de vue.

J'expliquerai, 1° les différentes espèces de legs;

2°. Les moyens de faire connaître le testament, et les voies légales qu'on doit prendre pour parvenir à son exécution;

3°. Comment les legs doivent être acquittés, et dans quels cas ils sont grevés des dettes;

4°. De quelle manière les legs doivent être exécutés, en cas de changemens arrivés dans l'état de la chose léguée, par la volonté ou sans la volonté du testateur, ou en cas d'erreur sur la désignation de l'objet légué;

5°. Si la réception qui aurait été faite d'un legs, empêche ou non d'attaquer le testament.

SECTION PREMIÈRE.

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE LEGS.

Définition du legs en général.

287. Le mot *legs* a été pris de tous temps pour un don fait par testament; en sorte que ce mot ne serait point employé dans sa véritable acception, si on l'appliquait à une disposition contenue dans une donation.

Le legs était ainsi défini aux Institutes de Justinien, livre 2, titre 20, § 1^{er} : *Legatum est donatio quædam, à defuncto relicta, ab hærede præstanda*. Dans tout ce que nous allons dire, on aura occasion plus d'une fois de remarquer l'application de cette définition, qui peut se faire encore malgré la différence de législation sur le mode de disposer.

Trois espèces de legs. — Quelles sont-elles? — Exemples des différentes espèces.

288. Il est d'autant plus important de se former des idées précises sur la différence des espèces de legs, que de ce classement dépend l'application d'une multitude de principes sur cette matière.

Il y a trois espèces de legs : ceux qui sont universels, ceux qui sont à titre universel, et ceux qui sont à titre particulier.

Le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou à plusieurs personnes conjointement, l'universalité des biens meubles et immeubles qu'il laissera après son décès.

Le legs à titre universel est celui par lequel le testateur lègue à une ou plusieurs personnes, ou une quote-part de tous ses biens, meubles et immeubles, comme la moitié, le tiers, les trois quarts, ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous ses immeubles, ou de tout son mobilier.

Tout autre legs, quels que soient les biens qu'il comprenne, n'est qu'un legs à titre particulier.

Ainsi, la disposition par laquelle le testateur aurait légué à Pierre la moitié de tous ses biens, et à Paul l'autre moitié, ne serait pas un legs universel, quoiqu'elle fût comprise dans le même testament; elle ne serait qu'un legs à titre universel, parce qu'elle n'attribuerait à chaque légataire que la moitié des biens. Il en serait autrement, si le testateur avait donné à Pierre et à Paul conjointement l'universalité de ses biens, sans en faire la division entr'eux, puisqu'à défaut de l'un des légataires, la totalité des biens appartiendrait à l'autre par droit d'accroissement, suivant l'article 1044; et c'est absolument ce qui résulte de l'arrêt de la Cour de cassation, du 18 octobre 1819, que j'ai cité sous un autre rapport, n° 239.

Le legs de tous les immeubles n'est pas un legs universel; parce qu'il ne comprend pas l'universalité des biens du testateur : ce n'est qu'un legs à titre universel.

Le legs de tous les bois, ou de tous les prés, ou de toutes les vignes, ou de tous les meubles meublans, n'est pas un legs à titre universel, quoiqu'il comprenne plusieurs choses d'une même espèce. Comme il ne comprend pas une quotité fixe de tous les immeubles, ou de tout le mobilier, telle que le tiers ou le quart de l'une ou de l'autre espèce de biens qui composent la succession, ce n'est qu'un legs particulier.

Par la même raison, le legs de tous les meubles et immeubles qui sont situés dans un département, n'est qu'un legs particulier; il ne comprend pas une quotité fixe de tous les biens meubles et immeubles en général.

Le legs d'une succession échue au testateur n'est aussi qu'un legs particulier, quelque considérable qu'elle puisse être, et quand même elle formerait la totalité de la succession du testateur, au moment de son décès. Telle est le résultat des articles 1002, 1003 et 1010 du Code.

Ce que je viens de dire sur la distinction des legs, est pris textuellement dans le Commentaire de M. Chabot (de l'Allier), sur le titre du Code relatif aux successions,

article 871, n^o 1^{er}. Il était difficile de présenter cette distinction avec plus de clarté et de précision.

Dans la première partie de ce Traité, n^o 91, en m'expliquant sur les diverses espèces de donataires par acte entre vifs, et sur leurs obligations respectives, j'ai pensé que l'on devait leur appliquer la même distinction concernant les légataires.

Solution de difficultés, 1^o sur ce que la qualité de légataire universel est donnée au légataire à qui la totalité des biens est dévolue, et au légataire qui n'a droit qu'aux biens disponibles; — 2^o sur le concours d'un légataire universel avec des légataires à titre universel.

289. Mais la distinction qui vient d'être faite des legs ne suffit pas pour contenter tous les esprits, et pour aplanir des difficultés qui se sont élevées à ce sujet.

Une première difficulté a trait à la classification du légataire universel; elle dérive de ce que cette qualité est également donnée à deux légataires qui sont dans une position différente. La loi présente comme légataire universel celui à qui la totalité des biens est dévolue à ce titre, et celui qui se trouverait en concours avec des héritiers auxquels la loi affecte une quotité des biens à titre de réserve, quoiqu'alors le légataire n'ait que les biens disponibles, distraction faite des réserves.

En effet, le légataire, dans ce cas, est qualifié de légataire universel dans l'article 1009 du Code. Supposons que la réserve emporte moitié des biens, le légataire n'aurait que l'autre moitié, et on croirait d'abord que, sous ce rapport, on aurait pu le comprendre dans la classe des légataires de quotité, ou à titre universel.

Mais, en y faisant bien attention, il était mieux de qualifier le légataire qui était dans cette position, de *légataire universel*, et il était dans l'ordre de lui en appliquer les principes.

Remarquons d'abord que l'héritier auquel une réserve est affectée tient son droit de la loi, et ce droit est au dessus

de la volonté de l'homme, au lieu que le légataire tient son droit uniquement de cette volonté. Lorsqu'un testateur donne à un individu généralement tous les biens dont la loi lui permet de disposer, ce légataire a dès lors, respectivement à lui, le titre de légataire universel, puisqu'il doit avoir toute sa succession disponible. Le titre de légataire emporte toujours une idée d'universalité, puisque le droit des héritiers auxquels la loi accorde une réserve ne se détermine qu'à l'époque du décès du testateur. Ces héritiers n'exercent qu'une réduction ou retranchement sur le legs universel; et si lors du décès du testateur il n'y avait pas d'héritiers de cette espèce, le legs universel resterait dans son intégrité, et emporterait la masse entière de la succession. Ainsi il est toujours universel dans son principe : il peut, par événement, recevoir une modification, un retranchement; mais il ne change pas pour cela de nature. Aussi, sous l'ancienne législation, on qualifiait de légataire universel celui qui était appelé par le testament à recueillir tous les biens disponibles d'après les coutumes, c'est-à-dire, distraction faite de ce qui devait revenir aux héritiers qui avaient un droit sur des biens de certaine nature, tels, par exemple, que les propres, et dont il ne dépendait pas du testateur de les priver.

Cette qualification ne peut présenter dans la pratique aucun embarras. Pour le prouver, je puis me renfermer dans l'exemple qu'offre l'art. 1009; il suppose le concours d'un légataire universel avec un héritier auquel la loi réserve une quotité des biens. Il y est dit que ce légataire universel sera tenu des dettes et charges de la succession personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout, et il est ajouté qu'il sera tenu d'acquitter tous les legs.

Or, on sent qu'on était forcé d'agir, dans ce cas, comme si le légataire était vraiment un légataire universel; car la réserve ne pouvant être entamée, les legs particuliers devant cependant être acquittés, c'était évidemment le légataire qui devait en être chargé, de la même manière que s'il n'y avait point eu d'héritiers avec réserve, et que s'il

eût eu, comme légataire universel, droit à toute la succession, sans exception.

La qualification de légataire à titre universel n'eût pas été exacte : cette qualification suppose en soi le concours de plusieurs légataires à titre universel, à chacun desquels le testateur lèguerait une quotité, telle qu'un quart, un huitième, etc. Or, cet ordre de choses n'existe pas dans le cas en question ; et ce qui achève de prouver la vérité de ce que j'avance, c'est que s'il y avait en concours un héritier avec droit de réserve, et plusieurs légataires de quote ou à titre universel, à la place d'un seul légataire universel, ce qui sans contredit serait possible, alors on n'aurait pas pu charger chacun de ces légataires à titre universel de l'acquittement des legs particuliers ; ils n'auraient pu l'être que chacun pour leur portion. La charge de l'acquittement en entier de ces legs ne pouvait convenir qu'au seul légataire de tous les biens disponibles, en concours avec les héritiers avec réserve ; et de cela même il résulte que ce légataire pouvait et ne devait même recevoir que la qualification de légataire universel.

J'ai cru cette explication utile, parce qu'il m'a paru que quelques-uns des jurisconsultes qui ont écrit sur cette matière, après avoir senti la difficulté, l'ont présentée sans la résoudre ; ce qui devenait une espèce de critique contre la loi.

La seconde difficulté qui a été remarquée sur le même sujet, consiste en ce que l'article 1011 du Code suppose, même quoiqu'il n'y ait point d'héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi, le concours d'un légataire universel avec des légataires à titre universel. Or, peut-on dire, ce concours devait paraître impossible ; il ne peut y avoir un légataire universel et des légataires à titre universel en même temps. On pourrait ajouter qu'il y a une espèce d'antinomie entre cet article 1011 et les articles 1003 et 1010.

En effet, il est dit dans l'article 1003 : « Le legs universel » est la disposition testamentaire par laquelle le testateur » donne à une ou à plusieurs personnes l'universalité des » biens qu'il laissera à son décès. »

L'article 1010 est ainsi conçu : « Le legs à titre universel » est celui par lequel le testateur lègue une quote-part des » biens dont la loi lui permet de disposer, telle qu'une » moitié, un tiers, ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous ses immeubles ou de » tout son mobilier. »

Quelle que soit l'une des formes énoncées dans cet article, peut-on dire, en continuant l'objection, c'est toujours un legs à titre universel ? Ainsi, en supposant que le testateur eût légué à un particulier la moitié de son mobilier, et à un autre le restant de tous ses biens, l'un comme l'autre devrait être considéré comme légataire à titre universel. La qualité et le titre ne peuvent varier, quelque énorme que puisse être la différence de valeur de ce que chacun aura à percevoir en vertu de sa disposition.

Mais toute contrariété entre ces articles disparaît, en apportant quelque attention à leur examen. On en est convaincu, si on remarque que le législateur a été obligé de déterminer la qualité de légataire universel sous deux aspects. Il a fallu classer ce légataire sous le rapport du paiement des dettes, et de plus sous le rapport de la saisine et de la nécessité de la demande en délivrance de legs.

En suivant l'exemple que je viens de proposer, s'agirait-il de classer, uniquement sous le rapport du paiement des dettes, celui auquel le testateur aurait légué la moitié de son mobilier, et celui auquel il aurait légué le restant de tous ses biens ? On pourrait dire qu'ils auraient pu être considérés tous deux comme légataires à titre universel. Le légataire de la moitié du mobilier devant être considéré comme légataire à titre universel, d'après l'article 1010, et devant en cette qualité, comme le légataire universel, supporter les dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion, en conséquence de l'article 1012, il serait difficile de ne pas considérer jusque là ces deux légataires comme légataires à titre universel ; il n'y aurait entre eux d'autre différence, si ce n'est que l'émolument de l'un pourrait infiniment excéder l'émolument de l'autre.

Mais quand on en vient au principe adopté par la loi, relativement à la saisine et à la nécessité de la demande en délivrance, la position de ces deux légataires doit être considérée d'une autre manière. Comme il n'y a point d'héritiers auxquels la loi réserve une quotité des biens, et auxquels elle accorde la saisine, cette même saisine devait alors être accordée à l'un ou à l'autre de ces légataires. Or, dans ce combat, n'était-il pas indispensable de se décider pour celui à qui tous les biens étaient légués, moins la moitié ou toute autre partie, par forme de quote, du mobilier?

Aussi faut-il faire attention aux termes de l'art. 1003. Il n'y est pas dit que le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou à plusieurs personnes *la totalité* des biens qu'il laissera à son décès; il y est dit *l'universalité*.

Or, en droit, ce mot *universalité* a toujours été entendu dans le sens d'une prépondérance évidente attachée au titre d'un légataire par rapport à celui des autres.

Ainsi l'on peut donner la qualité de légataire ou héritier universel, 1^o à celui qui est appelé à recueillir seul la totalité de la succession; 2^o à celui qui ne recueillerait que les biens de cette succession, moins les réserves affectées à certains héritiers; 3^o à celui qui se trouve seulement en concours avec un légataire, non de portions ou de quotités de toute la succession prise en masse, mais seulement d'objets qui doivent bien entrer en contribution pour le paiement des dettes et des charges de la succession, selon leur valeur, comparativement à celle du surplus de la succession, tels que les immeubles, le mobilier, ou une quotité fixe des immeubles ou du mobilier, mais auxquels le législateur n'a pas attaché le titre d'universalité d'une manière aussi éminente qu'au legs de celui qui est appelé à recueillir en masse le restant des biens.

Dira-t-on que pour éviter la difficulté, il eût fallu placer au rang des légataires à titre particulier, les légataires des immeubles ou du mobilier, ou d'une quotité des immeubles

ou du mobilier ? Mais ce parti présentait de plus graves inconvénients. Ils se seraient fait sentir surtout lorsqu'on aurait voulu déterminer la proportion dans laquelle ces espèces de légataires devaient contribuer au paiement des dettes et des legs particuliers. On comprend d'avance que l'application qu'on leur aurait faite du principe, que le légataire particulier doit être dispensé du paiement des dettes, aurait blessé la justice dans plusieurs circonstances.

L'explication dans laquelle je viens d'entrer sera sans doute utile pour se mieux pénétrer de l'esprit de la loi, en même temps qu'elle répandra quelques lumières sur ce que je dirai bientôt relativement à la saisine et à la demande en délivrance des legs, et au paiement des dettes et charges de la succession.

SECTION II.

DES MOYENS DE FAIRE CONNAÎTRE LE TESTAMENT, ET DES VOIES LÉGALES QU'ON DOIT PRENDRE POUR PARVENIR À SON EXÉCUTION.

Comment le légataire se fait connaître. — De l'ouverture des testaments olographe et mystique. — Les formalités prescrites ne sont point indispensables.

290. La raison seule indique que le légataire doit se faire connaître par le rapport du testament.

S'il y a un testament fait par acte public, il ne s'agit que d'en produire une expédition en règle.

Si le testament est olographe, il sera, avant d'être mis à exécution, présenté au tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel la succession est ouverte. Ce testament sera ouvert, s'il est cacheté; le président dressera procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état du testament, dont il ordonnera le dépôt entre les mains du notaire par lui commis. Art. 1007.

Si le testament est dans la forme mystique, il en sera de même, d'après cet article; mais il y est ajouté que l'ouver-

ture ne pourra se faire qu'en présence de ceux des notaires et des temoins signataires de l'acte de suscription, qui se trouveront sur les lieux, ou eux appelés.

Cet art. 1007, donne lieu à une question. Les formalités qu'il prescrit sont-elles rigoureusement exigées, en ce sens que faute de les avoir observées, l'héritier ou le légataire ne puisse point réclamer l'exécution du testament olographe ou mystique? Je ne le pense pas. La présentation du testament au président du tribunal, l'ouverture du testament par ce magistrat, et le procès-verbal qu'il doit en dresser, ainsi que de l'état du testament, sont sans contredit des précautions que la loi a crues nécessaires, pour qu'on pût être assuré de plus en plus de la volonté des testateurs; mais la loi n'a point attaché à l'inobservation de ces formalités la peine de nullité; et on ne saurait la prononcer, surtout lorsque rien n'indique la fraude de la part de l'héritier institué ou du légataire. Deux arrêts rendus par les Cours royales de Riom et de Rouen, confirment ce que je viens de dire, quant au testament olographe.

Dans l'espèce de l'arrêt de la Cour royale de Riom, le sieur *Delort* avait fait un testament olographe, par lequel il avait disposé de tous ses biens en faveur de la dame *Ruplit*, sa nièce, épouse du sieur *Boutarel*. Après la mort du sieur *Delort*, le sieur *Boutarel* ayant cherché dans le secrétaire du défunt, trouva un paquet cacheté, sur l'enveloppe duquel, suivant le sieur *Boutarel*, étaient écrits ces mots : *Pour remettre à Mad. Boutarel*. Le sieur *Boutarel* brisa le cachet, ouvrit l'enveloppe, et ce fut *sans enveloppe* que le testament fut présenté au président du tribunal civil d'Aurillac, qui en ordonna le dépôt chez un notaire. Le frère du sieur *Delort* demanda le rejet et la nullité du testament, en soutenant que les dispositions faites par le sieur *Delort* étaient cachetées, que sur l'enveloppe étaient des caractères écrits et signés par le testateur; que le testament n'avait pas été présenté dans cet état au président du tribunal; qu'il lui avait été offert sans enveloppe et sans cachet; qu'ainsi il n'y avait eu, de la part de l'autorité légale, ni ouverture du testament, ni description de son véritable état; que sans ces

conditions cependant, le testament ne pouvait être mis à exécution, d'après les dispositions de l'art. 1007 du Code, parce que le testament ainsi altéré n'inspirait plus aucune confiance. Le tribunal d'Aurillac rejeta ces moyens, et la Cour royale de Riom confirma le jugement de ce tribunal, quoique le sieur Delort offrit la preuve des faits par lui articulés, et en outre la preuve, 1° qu'au lieu des expressions *pour remettre à Mad. Boutarel*, il y avait sur l'enveloppe de l'acte, *testament de Louis-Isaac Delort*, et sa signature; 2° qu'il y avait sous cette enveloppe deux feuilles de papier et non une seule. Les principaux motifs du jugement du tribunal d'Aurillac, et de l'arrêt de la Cour royale de Riom furent, qu'il était reconnu que le testament du sieur Delort était écrit en entier, daté et signé de sa main; que d'après l'art. 970 du Code civil, le testament olographe n'est assujéti à aucune autre formalité; que les dispositions de l'art. 1007 sont uniquement relatives aux précautions ordonnées pour rendre public le testament olographe, et que leur oubli ou leur défaut ne peut produire une nullité non prononcée par la loi, et formellement rejetée par l'art. 970. L'arrêt de la Cour royale de Riom, en date du 17 mars 1807, est rapporté dans le Recueil de Jurisprudence du Code, page 415 du 18^e volume.

Les mêmes motifs ont déterminé l'arrêt de la Cour royale de Rouen, en date du 25 janvier 1808, rapporté dans le même Recueil, pag. 470 du 11^e vol. Il s'agissait d'un testament olographe qui, suivant la déclaration du légataire, lui avait été remis sous enveloppe cachetée, sans inscription, par la testatrice, de son vivant, en l'invitant à le faire ouvrir par le curé de la paroisse, lorsqu'elle serait décédée; ce que le légataire déclarait avoir fait. Le jugement confirmé par la Cour royale de Rouen était fondé notamment sur ce que l'art. 1007 du Code civil, qui prescrit les formes à observer pour l'ouverture des testaments, ne prononce point de nullité pour l'inobservation de ces formes, et sur ce qu'il n'était établi ni allégué que le légataire eût abusé de l'ouverture du testament.

[Ce que nous avons dit est parfaitement confirmé par

M. Merlin, vol. 17^e du Répertoire, au mot *Testament*, sect. 2, § 4, art. 6, n^o 2, pag. 765. Il cite les arrêts des deux Cours royales de Riom et de Rouen, que nous avons cités nous-mêmes; et il en ajoute une autre conforme, de la Cour royale de Metz, du 10 juillet 1816.

Cet auteur dit avec raison, n^o 5, pag. 767, que l'observation des formalités prescrites par l'art. 1008, n'annulerait pas plus les testamens, que l'inobservation des formalités établies par l'art. 1007. Il fait cependant observer, et avec raison, que le légataire universel n'aurait droit aux fruits, qu'après avoir obtenu l'ordonnance d'envoi en possession, prescrite par cet art. 1008.

Enfin, au n^o 4, même page, il examine la nature des fonctions du président du tribunal civil, lorsqu'il s'agit de l'ouverture du testament, et du dépôt qu'il doit ordonner, et lorsqu'il s'élève encore des questions relatives à l'envoi en possession. Il détermine les cas où ce magistrat exerce une juridiction simplement volontaire, et où il doit ordonner le dépôt, sans connaissance de cause, et sauf les droits des parties, qu'elles peuvent faire valoir ultérieurement, de ceux où ce qu'il doit faire tient à ses fonctions judiciaires, c'est-à-dire, à la juridiction contentieuse, et où il doit décider en connaissance de cause.]

Du cas où le testament n'aurait pas été déposé en mains tierces. — Du cas où il est trouvé ouvert. — Du dépôt entre les mains d'un notaire.

291. On peut supposer, d'après l'art. 1007, que les précautions indiquées par la loi pour s'assurer de l'existence des dispositions du défunt, et qu'on ne leur en a pas substitué d'autres, se prennent d'après la représentation du testament, ou de la part des notaires, ou de celle des héritiers entre les mains desquels serait le testament, ou enfin de tous autres dépositaires.

Mais si le défunt n'avait pas déposé son testament en mains tierces, et si le testament était demeuré en son pouvoir, alors la loi indique aux parties intéressées des moyens pour en faciliter la découverte avant l'apposition

des scellés, et sans être obligé d'attendre qu'ils soient levés, en même temps qu'elle prescrit des précautions pour éviter des fraudes.

Il est dit en effet, dans l'article 916 du Code de procédure civile, que si lors de l'apposition des scellés il est trouvé un testament ou autres papiers cachetés, le juge de paix en constatera la forme extérieure, le sceau et la suscription, s'il y en a; qu'il paraphrera l'enveloppe avec les parties présentes, si elles le savent ou le peuvent, et qu'il indiquera le jour et l'heure où le paquet sera par lui présenté au président du tribunal de première instance; qu'il fera mention du tout sur son procès-verbal, lequel sera signé des parties, sinon mention sera faite de leur refus.

L'art. 917 veut même que, sur la réquisition de toute partie intéressée, le juge de paix fasse, avant l'apposition des scellés, la perquisition du testament dont l'existence sera annoncée, et que, s'il se trouve, il soit procédé ainsi qu'il est dit dans l'article précédent.

Enfin, l'article 920 suppose qu'un testament soit trouvé ouvert, et il veut que le juge de paix en constate l'état, et qu'il observe ce qui est prescrit par l'art. 916.

Il est bien entendu que quoique le testament soit présenté au président du tribunal de première instance, dans les circonstances prévues par ces art. 916, 917 et 920 du Code de procédure, et même de quelque manière que le testament arrive au président, le dépôt entre les mains d'un notaire commis doit toujours avoir lieu, conformément à l'art. 1007 du Code civil.

Ce dépôt est nécessaire, pour que les parties intéressées puissent connaître le testament, et opposer les moyens par lesquels elles peuvent en contester la validité.

Le testament olographe est comme un acte sous seing-privé, soumis à la vérification. — Quid, lorsqu'il a été déposé entre les mains d'un notaire, soit par le testateur, soit par suite de l'ordonnance du juge? — Du legs fait au profit du notaire, dans le premier cas.

292. Le testament olographe n'étant pas par lui-même authentique, et ne pouvant être considéré, sous ce rapport

que comme un acte sous seing-privé, non reconnu, il peut être désavoué par les parties intéressées, et alors il faut en venir aux formes indiquées par la loi pour la vérification et reconnaissance des écritures privées. Un arrêt de la Cour royale de Colmar, du 12 juillet 1807, l'a ainsi décidé. Cet arrêt est rapporté dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 457 du 11^e vol. On peut voir encore, à ce sujet, un arrêt de la Cour d'appel de Turin, du 18 août, 1810, qu'on trouve dans le même Recueil, tome 16, pag. 355.

Cependant, si, comme on en voit souvent des exemples, un testament olographe était déposé entre les mains d'un notaire, non pour qu'il changeât de caractère et pour qu'il devînt un testament mystique, ce qui ne pourrait avoir lieu que par un acte de suscription, mais seulement afin que l'acte de dépôt qui en serait retiré assurât l'existence du testament et sa représentation après la mort du testateur, d'une manière plus particulière que si le testament était simplement déposé entre les mains de toute autre personne, sans que le dépôt fût constaté; dans ce cas, on pourrait dire que le testament olographe serait reconnu, surtout l'acte de dépôt faisant mention de la signature et du paraphe apposés par le testateur sur le testament, en présence du notaire; alors il n'y aurait pas de raison pour que le testament ne fût pas aussi authentique que l'acte même de dépôt.

Ricard, partie 1^{re}, n^o 548, suppose une reconnaissance par-devant un notaire, de la part du testateur, de son testament olographe, sans parler cependant de la circonstance d'un dépôt, et il s'explique dans le sens que le testament serait alors authentique, et qu'il aurait une exécution parée.

Mais il prévoit le cas où le testament contiendrait un legs au profit du notaire, et alors il est d'avis, et avec raison, que l'acte de reconnaissance serait nul, sans que cependant il en résultât aucune atteinte contre la validité du testament, quant à ces dispositions, même en ce qui concernerait le legs fait au notaire. J'ai déjà observé, dans

cette II^e partie, n^o 249, que le testament fait par acte public serait nul en entier, si le^o testament contenait un legs en faveur du notaire ou de l'un des témoins. Mais on sent la différence qu'il y a entre ce dernier cas et celui qui a été prévu par Ricard. Le testament olographe tire toute sa force de lui-même, abstraction faite de sa reconnaissance, qui n'a trait qu'à son exécution, et cette reconnaissance seule est nulle, parce que c'est la seule partie dans laquelle le notaire n'a pu instrumenter dans une affaire où il était personnellement intéressé.

Je dois faire remarquer ici un arrêt de la Cour d'appel de Turin, du 10 janvier 1809, rapporté dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 112 du 14^e vol. Cet arrêt a décidé que « quand un testament olographe a été déposé chez un notaire, par ordonnance du juge, la présomption est en faveur de l'acte, qui dès lors ne peut plus être attaqué que par le faux ou la nullité contre sa forme ou son contenu, et que quand le légataire est troublé par un héritier qui n'a point de réserve, celui-ci doit fournir toute preuve de son action, et par conséquent prouver que le testament olographe ne doit point être exécuté. » Dans l'espèce de cet arrêt, la dame *Garessio* avait fait un testament olographe, par lequel le sieur *Vallino* avait été institué héritier universel. Après les formalités prescrites par l'art. 1007 du Code, le testament fut, par ordonnance du président du tribunal civil de Turin, déposé chez un notaire. Vallino fut ensuite envoyé en possession des biens de l'institution, du consentement de la mère de la défunte, à laquelle un quart de ces biens était réservé par la loi. Quelque temps après, un parent collatéral, se disant héritier de la dame *Garessio*, intenta contre Vallino une action tendante au délaissement de la portion d'hoirie, dont celui-ci était en possession, à moins qu'il ne prouvât la validité et la vérité du testament olographe, soutenant que Vallino devait être chargé de la vérification de ce testament. C'est cette demande qui a été proscrite par le tribunal civil et la Cour d'appel de Turin, « attendu..... que le testament de la dame *Garessio*, par l'acte de dépôt qui en fut ordonné par

le juge, ès-mains d'un notaire, a reçu l'authenticité dont il avait besoin pour autoriser Vallino, après avoir obtenu de qui de droit la possession des biens à lui légués, à se défendre contre toute prétention non prouvée de la part d'un tiers, en opposant la seule présomption qui existe en sa faveur, et ne peut en conséquence être attaqué par le parent collatéral, que par des exceptions spécifiques de faux ou de nullité contre sa forme ou son contenu. » [Mais voyez ce qui sera dit sur cet arrêt, n° 292-4.]

[*Observations nouvelles sur les formes de la vérification du testament olographe.*]

[292 bis. Nous avons expliqué, au n° 228—5, les principes d'après lesquels tout testament olographe, qui n'est pas reconnu, doit être soumis à la vérification par experts, comme tout acte sous seing-privé ordinaire, qui est désavoué. Mais nous devons ajouter ici quelques observations sur le mode de vérification. Nous avons rapporté les termes de Ferrières, d'après lequel la vérification devait être faite, dans tous les cas, par comparaison d'écritures, même lorsque le défendeur ne comparait pas sur l'assignation donnée à l'effet d'avouer ou de désavouer le testament. *Et si c'est par défaut*, disait cet auteur, *le juge doit en ordonner la vérification*, ET NON PAS LE DÉCLARER PAR DÉFAUT. Ferrières n'était pas le seul auteur de son temps, qui s'expliquât ainsi pour le cas du défaut; M. l'avocat général Talon manifestait les mêmes idées, en portant la parole, lors d'un arrêt du 24 mai 1661. La forme qu'il professait, ainsi que Ferrières, fut adoptée par un édit de décembre 1684, art. 7.

Mais, d'après le Code de procédure civile, cette forme ne doit plus être suivie, toujours dans le cas du défaut. Aussi, quand nous invoquions l'opinion de Ferrières, nous avions en vue d'établir en général la suffisance de la vérification par experts, d'un testament olographe, comme de tout autre acte ordinaire sous seing-privé; et en venant aux formes que nous rapportions d'après cet auteur, nous faisons cette observation restrictive, qu'il s'en expliquait *suivant les usages de son temps*, mais que son opinion restait, quant

au fond, sur la nécessité de cette vérification; et, au n° 228-6, nous annonçons que nous indiquerions plus particulièrement les procédés relatifs à la vérification, aux n°s 290 et suivans.

Or, d'après l'art. 195 du Code de procédure civile, la vérification ne doit être ordonnée, tant par titres que par experts ou par témoins, que dans deux cas, qui sont, celui où le défendeur nierait une signature à lui attribuée, ou celui où il *déclarerait ne pas reconnaître* la signature attribuée à un tiers. On voit qu'il n'est pas question là du cas du défaut fait par le défendeur. Ce cas est prévu par l'art. 199. Or, qu'y est-il dit? Si le demandeur en vérification ne comparait pas, la pièce sera rejetée; *si c'est le défendeur, le juge pourra tenir la pièce pour reconnue*. Donc, dans ce cas, la vérification n'est pas nécessaire. On peut voir ce que dit M. Merlin à ce sujet, 17^e vol. du Répertoire, au mot *Testament*, sect. 2, § 4, art. 6, n° 2 et surtout au n° 8.

Mais il y a à faire des observations encore plus importantes sur les formes de la vérification du testament olographe. On vient de voir que l'article 195 du Code de procédure admet trois modes de preuve, pour parvenir à cette vérification; savoir, celle par titres, celle par experts, et celle par témoins. On sent facilement en quoi consistent les deux premières preuves; nous dirons seulement que, par la troisième, le législateur a entendu admettre la preuve qui résulterait de ce que des témoins déclareraient avoir vu écrire, dater et signer l'écrit présenté comme testament, et affirmeraient que cette pièce est évidemment la même qu'ils ont vu écrire, dater et signer. Ces différentes preuves peuvent concourir, et dans ce concours, il dépend des juges de se décider par l'une d'elles, préférablement aux autres, selon que l'une d'elles leur paraît plus concluante. Il y a plus, le demandeur en vérification d'écriture peut proposer successivement les divers genres de preuves autorisés par la loi, et il ne peut être déclaré non recevable à demander la vérification par témoins, bien qu'il ait d'abord demandé qu'il y fût procédé par experts, ou qu'il y ait consenti. Il a été statué ainsi sur ces deux points par un arrêt de la Cour

royale de Toulouse, du 1^{er} mai 1817, rapporté par Sirey, volume de 1823, 2^e partie, pag. 16. On peut encore voir, sur ces deux points, un arrêt de la Cour de cassation, du 13 novembre 1816, rapporté par les continuateurs de Denevers, vol. 17^e, pag. 67.

Cet arrêt, du 1^{er} mai 1817, contient un motif infiniment lumineux, d'abord sur l'application qui doit être faite de l'art. 195 du Code de procédure civile aux testaments olographes, lorsqu'ils doivent être vérifiés, et ensuite sur la nécessité de recourir à la preuve par témoins, lorsqu'il s'élève des difficultés de rapporter des pièces de comparaison, ce qui arriverait, par exemple, pour le testament d'un mineur qui serait mort en minorité, et qui n'aurait pas eu occasion, ou de laisser des corps d'écriture authentique, ou d'apposer sa signature à des actes publics. Pour abréger, nous renvoyons au recueil où est l'arrêt.

Les mêmes principes ont été consacrés par un arrêt de la Cour de cassation, section des requêtes, du 2 août 1820, recueilli aussi par Sirey, vol. 21, pag. 184. On y voit une enquête l'emporter sur une vérification d'experts, dont le résultat était que le testateur n'avait ni écrit, ni signé le testament dont il s'agissait. Mais ce que cet arrêt offre de remarquable, c'est qu'il admet que les doutes sur la nature des preuves sont entièrement laissés *aux lumières et à la conscience des juges, suivant leur conviction, et d'après l'appréciation des actes*, en sorte qu'ils peuvent, *d'après cette conviction, faire prévaloir la preuve qui leur paraît résulter de quelques-uns des moyens entrepris plutôt que des autres*. Nous connaissons d'autres arrêts conformes, qui n'ajouteraient rien à ceux que nous venons de citer, et nous n'en connaissons aucun de contraire.

Remarquons que, pour éviter les embarras d'une vérification sur pièces de comparaison, si, lorsqu'on voudrait faire le testament, il n'existait aucune de ces pièces, dans la forme exigée par la loi, ce serait une sage précaution de faire revêtir le testament de la forme mystique. On sent qu'alors le testament demeurerait nécessairement pour vrai; qu'il serait toujours celui qui aurait été présenté au notaire

et aux témoins, et qu'il ne pourrait être assujéti à la vérification, qu'autant que l'acte de suscription serait nul, et que le testament resterait aux termes d'un simple testament olographe, s'il en avait les formes, ainsi que nous l'avons dit au n° 276 *bis*.

Tout ce qui vient d'être dit sur la possibilité de la simple vérification par experts, des écriture et signature du testament olographe, est étranger au cas où on prétendrait qu'un testament fait par un acte public, n'est pas écrit en entier de la main du notaire qui l'a reçu. Alors celui qui élèverait cette prétention, serait obligé de recourir à l'inscription de faux, lors même que son adversaire consentirait à une vérification d'écriture. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour royale de Limoges, du 13 décembre 1813, rapporté par les continuateurs de Denevers, vol. 15, 2^e partie, pag. 47. On sent facilement la raison de cette différence, et l'arrêt l'explique.

Des cas où l'inscription de faux contre le testament olographe, deviendrait nécessaire.

293 *ter*. Il y a cependant des cas où l'inscription de faux contre le testament, deviendrait absolument nécessaire. Il serait difficile de les prévoir tous. Nous en indiquerons seulement deux. Cette forme de procéder deviendrait indispensable, si l'on prétendait que le testament est faux, qu'il n'est point réellement écrit de la main du testateur, mais qu'on aurait contrefait son écriture et sa signature; en sorte que des experts vérificateurs pourraient se méprendre, ou se seraient déjà mépris par suite de cette frauduleuse imitation. On sent que, dans ce cas, la vérification ordinaire par des experts, opération conjecturale de sa nature, pourrait n'être pas suffisante pour produire une conviction du faux. Aussi, d'après l'art. 214 du Code de procédure, une vérification déjà faite par des experts, n'emporterait pas l'exclusion de l'inscription de faux. On sent encore que de simples allégations de faits, de manœuvres, de fraudes, qu'on offrirait même de prouver par témoins, seraient également insuffisantes pour faire rejeter un testament qui

serait présenté comme étant l'ouvrage du testateur. L'existence matérielle d'un acte de cette nature ne peut dépendre de preuves aussi frêles. Il est nécessaire, pour le faire crouler, qu'il passe par le creuset de l'inscription de faux, qui nécessite des preuves d'une toute autre énergie que les preuves testimoniales ordinaires. Articles 219 et suivans du Code de procédure civile. Tout ce que nous venons de dire peut s'appliquer encore, entr'autres cas, à celui où l'on prétendrait que certains mots du testament ne sont pas écrits de la main du testateur, et que d'autres sont falsifiés.

Le second cas, que nous avons déjà annoncé, dans lequel l'inscription de faux deviendrait nécessaire, est celui où l'on voudrait prétendre qu'il a été donné au testament une fausse date, dans la vue de prouver qu'il aurait été fait en un temps où le testateur en aurait eu la capacité, tandis que, dans la réalité, il aurait été fait en un temps où cette capacité n'existait pas; d'où dériverait la nullité du testament. La raison pour laquelle cette forme de procéder serait indispensable, pour anéantir le testament, est que, quoiqu'il soit purement olographe, qu'il soit substantiellement un acte sous seing-privé, néanmoins lorsqu'il est reconnu pour être écrit, daté et signé de la main du testateur, alors il a tous les caractères et tous les effets de l'authenticité. Le testament fait foi de sa date, de la même manière que le testament public fait par-devant notaire. On peut voir ce que nous avons dit à ce sujet, nos 228-5 et 228-6.

Sur lequel doit tomber la charge de la vérification du testament, du légataire ou de l'héritier naturel? Lequel des deux doit être maintenu en possession pendant le litige sur la vérification?

292 quat. On sent qu'il est à propos, sur cette matière, de se fixer sur quelques principes pour décider lequel des deux doit être chargé de la vérification du testament, ou du légataire ou institué héritier, ou de l'héritier naturel, et lequel des deux doit être mis en possession, ou y être maintenu pendant le litige sur la vérification. Ces deux questions rentrent souvent l'une dans l'autre, et on peut les discuter

ensemble. Nous le ferons brièvement, sans entrer dans l'examen d'une foule de dissertations et même d'arrêts que l'on trouve à ce sujet dans les auteurs et dans les recueils.

Que ce soit au légataire ou héritier institué par le testament à faire vérifier ce testament, si l'héritier naturel, c'est-à-dire, celui qui est appelé par la loi, déclare ne point reconnaître les écriture et signature du testateur, c'est une proposition incontestable, la raison en est évidente : le testament étant reconnu pour vrai, sur l'aveu de l'héritier naturel, sans qu'il y ait eu de contestation, ou l'étant par suite d'une vérification, prend tous les caractères de l'authenticité. Mais jusque là il n'en a pas les privilèges, et il doit passer par le creuset de la vérification, si l'héritier naturel y donne lieu par ses déclarations. Or, dans ce cas, et jusqu'à cette vérification, il n'a pas la force d'un testament; il n'est pas, à proprement parler, un titre qui emporte par lui-même son exécution. Donc son effet est suspendu jusqu'au résultat de la vérification.

L'exécution n'est due qu'au titre, et c'est à tout demandeur à justifier de son titre, c'est-à-dire, d'un titre régulier. Vainement dirait-on, pour déterminer la validité du testament par une simple présomption, abstraction faite de sa vérification, qu'il y a infiniment plus de testaments valables qu'il n'y en a de nuls. Ce raisonnement ne peut changer la nature du testament qui, en lui-même et substantiellement, n'est qu'un simple acte sous seing-privé, lorsque la vérité en est contestée. On pourrait faire ce même raisonnement pour les engagements ordinaires sous seing-privé, et cependant l'exécution n'en est pas moins suspendue en cas de contestation, jusqu'à leur vérification.

Telle est l'idée qu'on voit dominer dans tous les arrêts rendus sur cette matière. Nous nous bornons à invoquer l'arrêt de la Cour de cassation, section civile, du 13 novembre 1816, que nous avons indiqué sous un autre rapport, au n° 292 *bis*. Cet arrêt a jugé, ce qui ne pouvait faire la matière d'un doute, que le testament olographe était soumis à la vérification comme tout acte sous seing-privé ordinaire, en conséquence des articles 195 et 195 du

Code de procédure civile, qui imposent la nécessité de la vérification préalable à celui qui est porteur de l'acte sous seing-privé dont il réclame l'exécution, ce qui renvoie, par similitude, la charge de la vérification préalable du testament olographe, au porteur du testament; ce même arrêt refuse encore l'envoi en possession à l'héritier testamentaire, jusqu'à ce qu'on eût acquis la certitude de la vérité du testament. Nous ne rapporterons que les motifs de l'arrêt relatif à ces deux points, parce qu'il statue sur d'autres qui sont étrangers à la question.

« Attendu, sur le premier moyen de cassation, que les articles cités à l'appui de ce moyen, bien qu'ils accordent au testament olographe la même force exécutoire qu'au testament reçu par un officier public, n'ôtent pas pour cela au premier de ces actes, le caractère d'écriture privée, et par conséquent ne font aucun obstacle à ce qu'on puisse vérifier les écriture et signature de la personne à qui on l'attribue, aux termes de l'article 193 du Code de procédure;

» Attendu sur le quatrième moyen, que les articles invoqués (1007 et 1008 du Code civil), qui saisissent le légataire universel institué par un testament olographe, *ne disposent que dans la supposition légale de la sincérité dudit testament, et ne font aucun obstacle à ce que cette saisine puisse être contestée et refusée alors que la sincérité du testament est méconnue et soumise à une vérification préalable.* ». Tels sont les principes consacrés par la Cour de cassation. L'arrêt de la Cour royale de Toulouse fut bien cassé, mais ce fut seulement sur un moyen purement relatif à un délai d'enquête, dont il ne s'agit pas ici.

On sent que le légataire ou héritier testamentaire est obligé de faire vérifier le testament, s'il y a lieu, à l'égard d'un héritier naturel sans réserve, comme à l'égard d'un héritier à réserve. Les droits du premier sont moins énergiques que ceux du second, cependant le premier ne tient pas moins la saisine de la loi. Cette saisine ne fait place à celle que confère le testament, qu'autant que la sincérité de ce testament est reconnue, et jusque là la première sai-

sine conserve son effet, de la même manière que la règle subsiste jusqu'à ce que l'exception soit prouvée. Aussi l'arrêt que nous venons de citer paraît-il être rendu dans l'espèce du concours d'un simple héritier naturel avec un légataire universel testamentaire.

Quelques auteurs ont recherché si l'héritier *ab intestat*, qui aurait reconnu la vérité d'un testament olographe par des actes non équivoques, tels que seraient ceux qui caractériseraient un commencement d'exécution, pourrait encore, par la seule déclaration qu'il en méconnaîtrait l'écriture et la signature, mettre le légataire universel dans la nécessité d'en faire la vérification.

On sent que se présentent alors les questions de savoir dans quel cas les approbations apparentes ou réelles, lient ceux à qui on les oppose. Ceci rentre dans les principes généraux relatifs à l'effet des consentemens aux actes, à la renonciation aux nullités par lesquelles on aurait pu les attaquer. Et l'on sent encore combien peuvent influencer les circonstances desquelles il résulterait qu'on a agi avec ou sans connaissance de cause.

Mais lorsque nous avons dit que la vérification du testament tendante à en établir la sincérité, était à la charge du porteur du testament et non de l'héritier naturel, cela ne doit être entendu que dans la règle générale, que lorsque les difficultés s'élèvent d'entrée de cause, et que le porteur du testament n'a point obtenu du président du tribunal une ordonnance d'envoi en possession, dans les cas où cet envoi a lieu ; car si cet envoi en possession est ordonné, alors les idées ne sont plus les mêmes. L'obligation de faire vérifier le testament devient à la charge de l'héritier naturel. Il doit tout prouver, tout établir, pour faire crouler le testament.

On trouve le germe de cette jurisprudence dans l'arrêt de la Cour d'appel de Turin, que nous avons rapporté au n° 292. On l'y voit toujours, malgré les observations multipliées que M. Merlin fait sur cet arrêt, tome 17 du Répertoire, au mot *Testament*, sect. 2, § 4, art. 6, n° 3 et 4, pour en expliquer le sens et le modifier. Cette distinction

s'établit, cette jurisprudence se forme, lorsque la question s'élève, et qu'elle subit une discussion.

Il a été rendu dans cette espèce, un arrêt très-remarquable de la Cour de cassation, section civile, du 2 février 1818. Il est rapporté par Sirey, vol. 18, page 248. On pourra voir dans le Recueil même la position de la question, les motifs du jugement du tribunal de première instance, ceux de l'arrêt confirmatif de la Cour royale de Rouen. Pour abrégér, nous nous contentons de faire transcrire l'arrêt de la Cour de cassation. Attendu son importance et les observations que nous ferons sur ce même arrêt, il est utile de l'avoir sous les yeux.

« La Cour, — Attendu que, suivant l'art. 1006 du Code civil, le légataire universel, institué même par un testament olographe, est saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance, lorsqu'il n'y a pas d'héritiers auxquels une quotité des biens soit réservée par la loi ; que l'art. 1007 indique les formalités auxquelles le législateur a voulu que fût soumis tout testament olographe avant d'être mis à exécution, et qu'elles ont toutes été remplies dans l'espèce ; que par l'art. 1008 spécialement, le légataire universel, institué par un testament olographe, est tenu de se faire envoyer en possession par une ordonnance du président, mise au bas d'une requête à laquelle doit être joint l'acte de dépôt du testament ; qu'il suit de ces divers articles que la loi établit, en faveur du légataire universel, une saisine de droit, et qu'il peut prendre celle de fait, en vertu d'une simple ordonnance d'envoi en possession, rendue sur sa seule requête et sans avoir besoin de délivrance : *que si, dans quelques circonstances, et lorsque la gravité des reproches dirigés contre le testament paraîtrait porter évidemment atteinte au caractère de ce titre apparent, le juge, aux lumières et à la prudence duquel l'appréciation des faits est laissée par la loi, peut en suspendre les effets*, il n'en est pas nécessairement ainsi, quand l'héritier se borne à une simple déclaration vague qu'il ne connaît pas la signature ; qu'il y a bien lieu alors à une vérification,

mais sans que le juge soit pour cela tenu, sur cette seule circonstance, de modifier ou de révoquer les effets que le titre a pu déjà légalement produire; qu'ainsi, dans l'espèce actuelle où toutes les formalités prescrites ont été remplies, où il n'y avait pas d'héritiers à réserve, où le légataire universel était déjà en possession de droit et de fait avant la méconnaissance des héritiers, l'arrêt attaqué, en maintenant la provision en faveur du défendeur, loin de violer la loi, n'a fait qu'une juste application à l'espèce des articles ci-dessus cités. — REJETTE, etc. »

Il importe de remarquer la différence que fait l'arrêt entre le cas où le porteur du testament lutte contre de simples héritiers naturels, et celui où il est en opposition avec un héritier à réserve; celui-ci reçoit de la loi une saisine bien plus forte, que les premiers, puisque c'est à lui que la délivrance des legs doit être demandée; que d'ailleurs il ne peut y avoir lieu à son égard qu'à une demande en partage, puisqu'en vertu de sa réserve, il est toujours propriétaire d'une partie quelconque des biens de la succession.

La direction donnée à la jurisprudence, par cet arrêt de la Cour de cassation, du 2 février 1818, est maintenue avec plus d'énergie encore par un nouvel arrêt de la même Cour, du 10 août 1825. Il est rapporté par M. Dalloz, vol. de 1825, page 464. L'espèce de l'arrêt, la décision du jugement du tribunal de première instance, celle de la Cour royale, dont l'arrêt fut soumis à la Cour de cassation, et surtout les moyens respectivement opposés, tout cela doit être connu. L'exposition en est faite par l'auteur du Recueil avec tant de brièveté, avec une telle précision, que je crois devoir faire transcrire, en note, tout ce qu'il en a dit (1).

(1) [Décès de la demoiselle Fontaines, sans laisser d'héritier à réserve. — Le sieur Sales, prétendant qu'elle l'avait institué héritier universel par testament olographe, s'est fait envoyer en possession de ses biens. — Larguier, héritier naturel de la demoiselle Fontaines, demande le délaissement de sa succession. — Sales représente le testament olographe. — Larguier

Quel est le résultat de cet arrêt ? C'est que l'ordonnance d'envoi en possession fait changer de rôle aux parties. Avant cette ordonnance, l'héritier naturel, autre qu'un héritier à réserve (car il ne peut être ici question que du premier), pouvait s'en tenir à la dénégation de la sincérité du testament, et reverser sur celui qui en est porteur la charge de le faire vérifier, et d'en établir la sincérité. Mais l'existence de l'ordonnance produit en faveur du testament une présomption tellement forte de sa sincérité, que, dans cette proposition, l'opération de la vérification devient à la charge de l'héritier naturel. Cette décision souffrait, il faut en convenir, de sérieuses difficultés. Cela est prouvé par la force des moyens opposés par l'héritier naturel, dont le pourvoi a été rejeté, et il ne faut rien moins qu'un arrêt aussi précis, pour adopter enfin l'opinion qu'il confirme.

Le dénie, et soutient qu'il n'est ni écrit ni signé par la demoiselle Fontaines. — Le 24 juillet 1823, jugement qui dispose que vérification du testament doit être ordonnée avant tout, et que cette vérification doit être à la charge de celui qui s'en prévaut, et nullement de celui qui le dénie.

Appel; arrêt infirmatif de la cour de Nîmes, du 22 juin 1824, en ces termes : « Attendu que l'appelant est porteur d'un testament revêtu de toutes les formalités prescrites par l'article 1007 du Code civil; — Qu'étant légataire universel, et n'y ayant point d'héritiers à réserve, la sieur Sales était saisi de plein droit, d'après la disposition de l'art. 1006; — Qu'en exécution de l'art. 1008, il a été envoyé en possession par ordonnance du président du tribunal civil; qu'ainsi l'appelant, ayant pour lui la possession et la présomption de la loi, ne pourrait être dépossédé qu'autant que le titre même serait anéanti dans ses mains; — Que l'intimé a sans doute le droit de l'attaquer; mais qu'étant demandeur, toutes les preuves et vérifications nécessaires sont à sa charge; d'où il suit que le tribunal a mal jugé en chargeant le porteur du testament d'une vérification d'écritures. »

Pourvoi par Larguier, pour contravention aux arts 1315, 1323 et 1324 du Code civil, et 193, 194 et 195 du Code de procédure; — L'art. 1323, disait-on pour lui, dispose que les héritiers peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture de leur auteur dans l'acte sous seing-privé qu'on leur oppose, et alors la vérification en est ordonnée par le juge. Il n'est pas douteux que cet article s'applique au testament olographe, qui n'est autre chose qu'un acte sous seing-privé, comme le législateur l'a désigné lui-même dans l'art. 999 du Code civil. — D'après cela, peut-on penser que la vérification doive être faite par une autre partie que celle qui veut se prévaloir de l'acte sous seing-privé? N'exiger de l'héritier qu'une méconnaissance d'écriture, c'est décider qu'il n'est tenu

Nous ne pouvons cependant nous empêcher de dire que le principe établi par cet arrêt, peut quelquefois céder à de fortes circonstances. C'est ce qu'indique d'une manière très-sage l'arrêt précédent, du 2 février 1818, qui livre l'appréciation des faits à la prudence des magistrats.]

De la demande en délivrance des legs. — Conséquences à cet égard de la règle, le mort saisi le vif.

293. Tout ce qui vient d'être dit ne concerne que les moyens de faire constater l'existence du testament ; mais cette existence ne suffit pas pour que le légataire puisse se mettre en possession de l'objet légué, et en réclamer les fruits à compter du décès du testateur.

La loi impose au légataire une obligation préalable et

à rien autre chose, et que, par conséquent, la preuve doit être fournie par le porteur du titre sous seing-privé. L'art. 1315, qui impose cette charge à celui qui réclame l'exécution du titre, vient confirmer cette opinion, d'autant plus que cet article ne fait pas de distinction entre un testament olographe et tout autre acte.

ARRÊT. « La Cour, — Attendu, en droit, que le testament olographe est investi par la loi d'un caractère et d'une force d'exécution qui lui sont particulières, puisqu'elle donne la saisine de plein droit au légataire universel institué dans cette forme, lorsqu'il n'y a pas d'héritier auquel une quotité de biens est réservée, en remplissant les formalités prescrites par les art. 1007 et 1008 du Code civil ; — Attendu que cette saisine de droit et la possession de fait étant réunies, c'est à ceux qui veulent les attaquer en renversant le titre, à en prouver le vice, suivant la maxime *actori onus probandi incumbit* ; — Attendu, en fait, que la Cour de Nîmes a reconnu que Sales était légataire universel, sans concours avec des héritiers à réserve ; qu'il était saisi de plein droit, et qu'il avait été envoyé en possession légalement ; — Attendu qu'en jugeant que, dans cette position, ledit Sales ne pouvait être dépossédé sur une simple méconnaissance d'écriture et signature, ladite Cour s'est conformée aux art. 1006, 1007 et 1008, qui forment la règle du procès ; qu'elle n'a pu contrevenir par cette décision aux articles 1315, 1323 et 1324 du Code civil, ni aux art. 193, 194 et 195 du Code de procédure civile, puisque, d'une part, le demandeur en cassation était aussi demandeur originaire en délaissement, et devait prouver sa demande contre le légitime possesseur, et que, d'autre part, la voie de vérification d'écriture, comme toute autre voie de droit, lui a été réservée, pour attaquer, si bon lui semble, le titre dont son adversaire est porteur. — REJETTE. »]

essentielle : elle consiste dans la demande en délivrance du legs contre ceux qui sont saisis de la succession.

Il est important de se pénétrer des motifs qui ont fait introduire la nécessité de cette demande en délivrance de legs, de laquelle il résulte que les intérêts ou les fruits de la chose léguée, ne sont dus au légataire que du jour que cette demande est formée, à moins qu'elle ne le fût dans l'année du décès du testateur ; cas dans lequel les intérêts ou les fruits pourraient être réclamés à compter de ce décès. Art. 1005.

On a senti qu'il était intéressant que la propriété des biens qui composaient les successions ne fût pas incertaine ; que cette propriété fût sur la tête de l'héritier aussitôt après le décès du précédent propriétaire. De là est venue cette ancienne maxime du droit français : « Le mort saisit le vif » son plus prochain lignager habile à lui succéder. » On la retrouve en termes moins barbares, mais peut-être aussi moins énergiques, dans l'art. 724 du Code civil, où il est dit que « les héritiers légitimes sont saisis de plein droit » des biens, droits et actions du défunt, etc. »

Il n'y a peut-être pas de règle de droit aussi féconde en conséquences que celle-là ; et ses effets étaient tellement propres à prévenir une multitude d'inconvénients, que quoiqu'elle ne s'induisit pas bien précisément des lois romaines, elle avait été admise dans les pays de droit écrit comme dans ceux de Coutume.

Une conséquence de cette règle, est qu'elle assurait la transmission de la succession de la part de l'héritier à ceux qui lui succédaient, même quoiqu'il n'eût pas fait acte d'héritier, et qu'il eût ignoré que la succession lui était échue : ce qui évitait de grandes difficultés.

Une autre conséquence qu'on tira de la saisine de droit accordée par la loi à l'héritier, est que le légataire, qui dès lors n'était point saisi de droit, dont le titre n'était, relativement à l'ordre des successions, que ce que l'exception est à la règle, ne pouvait de sa propre autorité se mettre en possession de la chose qui lui avait été léguée. Son droit consistant dans une distraction à faire sur la succession,

c'était à l'héritier qu'il fallait s'adresser pour l'obtenir ; c'était contre lui que devait être jugée la validité du titre. La mainmise directe de la part des légataires sur la succession, sans ces formes préalables, aurait dégénéré en voie de fait, et aurait produit souvent de graves inconvéniens.

C'est ce qui avait donné lieu, dans tous les pays coutumiers, à cette règle puisée dans plusieurs Coutumes, que « le legs se doit prendre par la main des héritiers *ab intestat*, sans que les légataires s'en puissent dire saisis. »

Aucun légataire, quelle que fût l'étendue de son legs, n'y était dispensé de la demande en délivrance à l'égard des héritiers. La raison en était que, suivant les principes du droit coutumier, les testamens ne renfermaient pas de véritables institutions d'héritier ; ils n'étaient regardés que comme des codicilles, susceptibles seulement de legs que les héritiers devaient acquitter. On ne pouvait par testament priver les héritiers que d'une portion de la succession ; on avait fait une maxime de droit de ce qu'on lit dans certaines Coutumes : « Institution d'héritier testamentaire n'a point lieu, et » est réputé icelui institué, légataire. »

Il n'en est pas de même dans les pays de droit écrit. L'institution d'héritier que le testament devait nécessairement contenir portait sur tout le patrimoine du défunt ; aussi, dans ces pays, on appliquait à l'héritier testamentaire, comme aux héritiers du sang, la règle « le mort saisit le vif », ainsi que l'observe Ricard, *des Donations*, part. 2, n° 15 ; et quoiqu'il y eût une limitation à la généralité du titre d'héritier testamentaire, lorsqu'il y avait des enfans ou des ascendans du testateur, qui avaient un droit de légitimité qu'on peut comparer à la réserve établie dans notre législation actuelle, néanmoins soit les légitimaires, soit les légataires, n'étaient pas saisis. L'héritier testamentaire l'était, et on devait s'adresser à lui pour obtenir le délaissement de la légitime et l'exécution des legs.

Tout ce que je viens de dire relativement à la nécessité de la demande en délivrance, soit qu'elle dût être formée contre les héritiers du sang, soit qu'elle dût l'être con-

tre l'héritier testamentaire, selon la diversité des législations, répondait toujours à cette partie de la définition du legs, que j'ai rappelée au commencement de ce chapitre, n^o 287. *Legatum est donatio quædam, à defuncto relicta, ab hærede præstanda.*

Du legs d'une somme.

294. Au surplus, s'il s'agissait seulement d'une somme léguée indépendamment des principes que je viens de rappeler relativement à la nécessité de la demande en délivrance du legs, il y avait une autre raison pour que le légataire ne pût en réclamer les intérêts qu'à compter du jour de la demande en paiement.

Cette raison se tirait du principe général qui existe encore, que les intérêts d'une somme qui n'en porte pas de sa nature, ne sont dus que du jour de la demande qui en est faite judiciairement, et cette règle aurait lieu pour une somme donnée par acte entre vifs, comme pour celle qui est léguée par testament.

Des différens modes de délivrance et d'envoi en possession.

Du legs universel.

295. Les auteurs du Code civil, en organisant la demande en délivrance des legs, l'ont fait conséquemment aux bases qu'ils ont établies sur le mode de succéder et de disposer, et pour cela ils ont distingué les différentes sortes de légataires.

S'agit-il d'un legs universel ? Si à l'époque du décès du testateur il n'y a pas d'héritier auquel une quotité des biens est réservée par la loi, c'est-à-dire, des ascendans ou descendans, ainsi que cela sera expliqué dans la quatrième partie, alors celui à qui ce legs est fait est saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance. Telle est la disposition de l'article 1006 du Code.

Il a paru inutile, dans ce cas, d'astreindre le légataire universel à la demande en délivrance du legs. Ce légataire est saisi de la succession par la loi, il est mis à la place des héritiers du sang, à l'instar de l'héritier testamentaire en pays de droit écrit.

Cependant, aux termes de l'article 1008, si le testament

est olographe ou mystique, le légataire universel sera tenu de se faire envoyer en possession par une ordonnance du président du tribunal de l'arrondissement, mise au bas d'une requête à laquelle sera joint l'acte de dépôt du testament, qui est ordonné par l'art. 1007. Le but de cette ordonnance d'envoi en possession, qui ne doit être précédée d'aucune demande judiciaire, et qui dès lors, comme on le sent aisément, est bien différente d'un jugement qui ordonne la délivrance du legs, est seulement d'avertir de la mise en possession les officiers chargés de l'exercice de l'autorité publique, afin qu'une succession ne soit point envahie par fraude au préjudice d'héritiers légitimes.

Du legs à titre universel.

296. S'il est question d'un legs à titre universel, alors le légataire est tenu de demander la délivrance du legs aux héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi, tels que les ascendans ou les descendans, et à leur défaut, au légataire universel; et s'il n'y en a pas, aux héritiers appelés dans l'ordre établi au titre des successions. Telle est la disposition de l'art 1011.

C'est ici que se présente la difficulté que j'ai déjà annoncée dans ce chapitre, n° 289, relativement au concours du légataire universel avec un légataire à titre universel.

Mais en me référant à ce que j'ai dit, pour qu'il puisse y avoir lieu au concours d'un légataire universel avec un légataire à titre universel, il faut que ce dernier légataire soit celui ou de tous les immeubles ou de tout le mobilier, ou d'une quotité fixe de tous les immeubles ou de tout le mobilier, tandis que le restant des biens serait légué à l'autre; car s'il y avait plusieurs légataires d'une quotité de la masse de la succession, malgré l'inégalité qu'il y aurait entr'eux, quant aux quotités, aucun d'eux ne pourrait être légataire universel respectivement aux autres: dès lors il n'y aurait entr'eux que la demande en partage.

Du legs particulier.

297. En ce qui concerne le légataire particulier, on sent au premier coup d'œil que sa position, sous ce rapport, est

absolument semblable à celle du légataire à titre universel. Aussi l'art. 1014 du Code indique à son égard le même mode de demande en délivrance du legs que celui qui est établi pour le légataire à titre universel par l'art. 1011.

[Nous devons apporter une modification à ce qui est dit dans ce n° 297, et au commencement du n° 295. Nous nous y sommes expliqués dans le sens que, pour tous les légataires quelconques, il n'y avait qu'un seul mode de former la demande en délivrance du legs, et que la disposition de l'art. 1005, qui accorde pour cette demande, au légataire universel, le délai d'un an à compter du décès du testateur, était commun au légataire à titre universel, et de plus au légataire particulier.

Mais cette idée, dans sa généralité, deviendrait une erreur.

A l'égard du légataire universel il n'y a point de doute, d'après la manière précise dont l'art. 1005 s'explique. Il doit avoir la jouissance à compter du décès, si la demande en délivrance a été formée dans l'année, depuis cette époque, sinon cette jouissance ne commencera que du jour de la demande formée en justice ou du jour que la délivrance aurait été volontairement consentie.

Relativement au légataire à titre universel, l'art. 1011 garde le silence sur le délai d'un an énoncé dans l'art. 1005. De là peut s'élever la question de savoir si ce délai est commun au légataire à titre universel, comme au légataire universel. Nous pensons qu'on doit sans difficulté adopter l'affirmative.

Mais par rapport au légataire particulier, il n'en est pas de même, d'après les expressions de l'art. 1014 : « Néanmoins le légataire particulier ne pourra se mettre en possession de la chose léguée, *ni en prétendre les fruits ou intérêts*, qu'à compter du jour de sa demande en délivrance, formée suivant l'ordre établi par l'art. 1011, ou du jour auquel cette délivrance lui aurait été volontairement consentie. » Ces termes sont trop impératifs pour admettre un droit aux fruits à compter du décès, même quoique la demande en délivrance eût été formée dans l'année.

On ne voit nulle part les motifs de cette différence, on ne les voit pas même dans les discussions du Conseil d'état qui ont préparé les articles 1005, 1011, et 1014. Mais nous pensons que ce qui y a donné lieu, c'est que le légataire universel, respectivement aux héritiers à réserve, est légataire de quote, c'est-à-dire, d'une partie de la succession, et que dès lors son droit ne peut être déterminé que par un partage. Or, on n'a pas voulu l'astreindre, comme pour une simple demande en délivrance d'un objet particulier et déterminé, à former cette demande en partage aussitôt après le décès du testateur. Ce qui lui revient devait être connu avant qu'il pût s'en mettre en possession. Mais aussi le législateur a fixé pour cette demande en partage, qui, dans ce cas, est proprement la demande en délivrance du legs, le délai d'un an à compter du décès, afin que par la négligence du légataire universel, les héritiers légitimaires ne fussent pas exposés à la restitution d'un grand nombre d'années de jouissances.

Le légataire à titre universel étant aussi un légataire de quote respectivement aux héritiers légitimaires, et à leur défaut, au légataire universel, se trouve dans la même catégorie, sous ce rapport, que le légataire universel, respectivement aux héritiers légitimaires, et on ne peut douter que le législateur n'ait voulu éviter une répétition, en ne disant pas ce qu'il avait dit pour le délai d'un an relativement au légataire universel, et qu'il n'ait entendu que ce délai serait commun à l'un et à l'autre.

En ce qui concerne au contraire le légataire particulier, comme il s'agit d'un objet connu et déterminé, le législateur a exigé à son égard, d'une manière précise, la demande en délivrance avant la perception des fruits qui serait faite après le décès du testateur. En sorte que l'héritier profite de tous les fruits venus en maturité, qu'il perçoit avant la demande en délivrance, ou son consentement à cette délivrance.

Cependant le légataire particulier échapperait à cette rigueur, s'il avait ignoré le testament, ou si, à raison de circonstances particulières, celui contre lequel la de-

mande en délivrance aurait dû être formée, était constitué en mauvaise foi. Sur quoi on peut voir Domat, Lois civiles, part. 2^e, liv. 4, sect. 8, n^o 3, une savante dissertation de ses annotateurs, sur ce numéro, et Pothier, Introd. au titre 16 de la Coutume d'Orléans, n^o 96. Nombre d'autres auteurs professent la même doctrine.]

Des cas où le légataire est dispensé de demander la délivrance.

298. Mais il est des cas dans lesquels tout légataire assujéti à la demande en délivrance du legs est dispensé d'en venir à cette demande.

Il l'est, d'abord, si la délivrance a été volontairement consentie par ceux auxquels il aurait fallu la demander. Art. 1005 et 1014. Il est bien entendu que si cette délivrance a été consentie volontairement dans l'année à compter du décès du testateur, les intérêts ou les fruits ont lieu en faveur du légataire à compter de ce décès, de la même manière que s'il y avait eu simplement une demande formée dans ce délai, aux termes des mêmes articles 1005 et 1014. Ce ne peut être que lorsque la délivrance a été consentie après l'expiration de ce délai, que les intérêts ou fruits courent seulement à compter du jour de ce consentement, à moins d'une convention contraire.

Les intérêts ou les fruits courent aussi à compter du décès du testateur, et sans que le légataire ait formé sa demande en délivrance, dans deux cas énoncés dans l'art. 1015;

1^o. Lorsque le testateur aura expressément déclaré sa volonté à cet égard dans le testament;

2^o. Lorsqu'une rente viagère ou une pension aura été léguée à titre d'alimens.

A l'égard du premier cas, le titre du légataire est dans la volonté même du testateur. Celui-ci a pu prévoir quelques circonstances qui mettraient le légataire dans l'impossibilité de former la demande en délivrance du legs, et il a pu ne pas faire dépendre le cours des intérêts ou des fruits, de l'existence de cette demande.

Quant au second cas, le legs perdrait son caractère et son objet dans l'intention du testateur, si le légataire était privé de l'encouru de la rente viagère ou de la pension, jusqu'à la demande en délivrance ou paiement.

De la clause par laquelle le testateur dispenserait le légataire de toutes formalités pour la mise en possession. — Quel serait son effet? — Distinction entre les trois espèces de légataires.

299. Mais un testateur peut-il ordonner avec effet, par son testament, que le légataire pourra, de sa propre autorité, et sans être assujéti à aucune formalité, et notamment à la demande en délivrance, se mettre en possession de l'objet légué?

Pour saisir la difficulté que cette question présente, il faut ne pas confondre deux choses qui sont bien distinctes; savoir, la mise en possession des objets légués de la part du légataire, et le droit que peut avoir celui-ci, d'après la disposition du testament, de se faire rendre raison des fruits ou intérêts de la chose léguée, à compter du décès du testateur, quelle que soit l'époque à laquelle il forme sa demande en délivrance.

Cette question s'est présentée sous l'ancienne législation; elle a été un sujet de discussion et de division d'opinions parmi les auteurs. Cette division pouvait même être justifiée à raison de la diversité des termes dans lesquels certaines Coutumes s'expliquaient comparativement au plus grand nombre; mais on sent qu'actuellement sa décision doit dépendre uniquement de l'esprit et des termes du Code.

Il convient de distinguer les trois espèces de légataires.

A l'égard du légataire universel, il faut rappeler les deux différentes positions dans lesquelles il peut se trouver, et qui sont prévues dans l'article 1006.

S'il y a seulement des héritiers du sang, mais auxquels la loi n'affecte point de réserve, il est bien constant que le légataire universel n'est pas obligé de leur demander la délivrance de son legs, parce qu'à leur égard il est saisi de plein droit par la mort du testateur. Il y a

plus encore; c'est que par une conséquence de l'art 1008, s'il y a en sa faveur un testament par acte public, il peut se mettre en possession des biens qui font l'objet de son legs, sans aucune formalité, puisque cet art. 1008 n'exige un envoi en possession par une ordonnance du président, que dans le cas où le legs universel sera fait par un testament olographe ou mystique.

Or, le testament étant par acte public, si, toujours dans le cas présumé, le testateur a autorisé le légataire à se mettre en possession des biens légués, sans aucune formalité, il est bien sensible que cette autorisation doit avoir son effet, puisque alors le testateur n'a voulu que ce que la loi elle-même permet. Cette autorisation devient même inutile, puisqu'elle a lieu de droit.

Mais si le testament est olographe ou mystique, cette autorisation peut-elle avoir l'effet de dispenser le légataire universel de l'ordonnance d'envoi en possession indiquée dans l'art. 1008? Je pense qu'on doit se décider sans difficulté pour la négative.

Cette ordonnance d'envoi en possession est autant un objet d'ordre public et de police générale que de législation particulière; et dès lors il ne dépend pas de la volonté de l'homme d'y déroger. Il ne peut disposer de ses biens, même dans la plus grande latitude accordée par la loi, que de la manière dont elle le permet.

Si le légataire universel se trouve en concours avec des héritiers auxquels la loi affecte une réserve, alors ce n'est plus le cas d'appliquer l'art. 2008; et quel que soit le testament, qu'il soit olographe, mystique ou par acte public, la loi assujettit le légataire universel à la demande en délivrance. Ce sont ces héritiers qui sont saisis, et il y a lieu de croire que la dispense de la demande en délivrance, et l'autorisation de se mettre en possession sans qu'il y eût jamais de demande en délivrance, seraient impuissantes.

On ne peut pas dire que l'art. 1015 suppose que, dans ce cas, le testateur pût autoriser cet envoi en possession sans formalités.

En effet, l'art. 1014 distingue parfaitement la mise en

possession de la faculté de réclamer les fruits ou intérêts des objets légués. L'art. 1015 ne présente ensuite que l'idée, qu'à quelque époque que la demande en délivrance ait été formée, le légataire universel pourra réclamer les fruits ou intérêts, à compter du décès du testateur, lorsque celui-ci aura expressément déclaré sa volonté à cet égard dans le testament. Ce n'est pas la même chose que la mise en possession sans demande préalable ; la loi ne dit pas qu'elle permet au testateur d'annuler la saisine qu'elle accorde à cette espèce d'héritier.

Il y a encore un autre motif pour se décider ainsi, et d'après lequel on peut même dire que l'autorisation de se mettre en possession sans une demande en délivrance, serait impraticable. Ce motif est qu'il résiste à la nature des choses, que le légataire universel qui se trouve en concours avec des héritiers auxquels la loi affecte des réserves, se mette en possession, de son autorité, dès que ce legs consiste en objets inconnus, qui ne peuvent être déterminés que par un partage. C'est seulement par l'opération du partage que les réserves peuvent être fixées et assurées.

Par rapport au légataire à titre universel, et au légataire à titre particulier, ils peuvent se trouver en opposition, d'après les articles 1011 et 1014, avec les héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi, ou, à défaut de ceux-ci, avec un légataire universel, ou enfin, à défaut encore de celui-ci, avec les héritiers appelés dans l'ordre établi au titre des successions.

En cas de concours avec les héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi, il y a lieu de se décider, par les mêmes motifs que je viens de développer relativement au légataire universel, contre l'effet de la clause du testament, qui permettrait la mise en possession de plein vol sans formalités préalables. La raison tirée de la nécessité du partage, concerne évidemment le légataire à titre universel comme le légataire universel ; mais encore elle n'est pas étrangère au légataire d'objets particuliers, parce que, dans ce cas même, il devient toujours nécessaire

d'examiner si le legs n'entame pas les réserves ; ce qui, sans contredit, serait possible.

Si ces deux espèces de légataires se trouvaient, au regard des héritiers, seulement appelés dans l'ordre établi au titre des successions, et auxquels la loi n'affecte point de réserves, il y aurait encore lieu de se décider contre la permission accordée par le testateur, que j'ai déjà supposée.

Le droit des héritiers auxquels la loi réserve une quotité, a sans doute plus d'énergie que celui des autres héritiers du sang. Mais la loi n'accorde pas moins la saisine à ces derniers ; elle veut que le légataire à titre universel ou de quote, et celui d'objets particuliers, leur demandent la délivrance ; et si lorsque le légataire universel rencontre seulement ces héritiers, la loi exige de sa part, lorsque le testament n'est qu'olographe ou mystique, le rapport d'une ordonnance d'envoi en possession du président du tribunal, on doit en conclure qu'il est dans l'esprit de la loi que ces héritiers ne puissent être dépouillés par d'autres légataires, de leur propre autorité, même malgré la permission accordée par le testateur. Encore une fois, celui-ci ne peut méconnaître la saisine de la loi ; il ne peut léguer que comme la loi le lui permet.

Enfin, supposons le cas où le légataire ou héritier institué à titre universel, ou bien le légataire à titre particulier, se trouveraient en concours avec un légataire universel. Il faut toujours se rappeler ce que nous avons déjà observé, qu'il n'y a de légataire à titre universel, qui puisse, à proprement parler, se trouver en concurrence avec un légataire universel, lorsqu'il s'agit de la saisine et de la demande en délivrance, que celui auquel le testateur a légué ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité fixée de tous ses immeubles ou de tout son mobilier. Or, dans cette position, il y aurait plus de difficulté sur l'effet de la clause testamentaire.

Le légataire à titre universel rencontrerait un obstacle qui serait particulier à son titre. On ne conçoit pas qu'il pût avoir contre le légataire universel, déjà saisi par la volonté du défunt, confirmée par la loi, d'autre action

que celle ou en délaissement de tous les immeubles ou de tout le mobilier qui lui auraient été légués, ou en partage de la quotité léguée des immeubles ou du mobilier.

Mais pour le légataire d'objets particuliers, il aurait, par la nature de son titre, plus de droit de faire valoir contre le légataire universel, le faculté de mise en possession sans formalité préalable, que lui aurait accordée le testateur.

Ce n'est pas que la loi n'accorde une saisine au légataire universel. Mais on peut dire, en premier lieu, que cette saisine lui est principalement donnée, respectivement aux héritiers auxquels la loi n'affecte point une réserve; et, en second lieu, que cette saisine n'est qu'une conséquence ou une confirmation du droit qu'il tient de la libéralité du défunt; qu'il ne peut diviser ce droit, ou, ce qui est de même, son titre; et que, comme le testateur aurait pu ne lui rien donner, il a pu, à plus forte raison, ne lui donner que sous condition que le légataire particulier pourrait se mettre en possession de son legs, sans être exposé au désagrément et aux frais des contestations que le légataire général pourrait lui faire éprouver : qui peut plus, peut moins.

Ce serait le seul cas où l'on pourrait ordonner l'exécution de la clause testamentaire en question, en conciliant les principes généraux relatifs à la saisine légale avec le droit qu'un légataire tient de la volonté du testateur.

Quelques décisions que l'on puisse donner dans un ouvrage de doctrine sur une semblable matière, on peut dire encore que quelque sages que soient, à ce sujet, les dispositions de la loi, il est impossible de procurer aux parties intéressées des moyens d'éviter des contestations déplacées, soit lorsque la demande en délivrance devient nécessaire, soit lorsqu'on en est dispensé. Mais on a cru devoir essayer de poser quelques principes, en faisant abstraction de ce qui tient aux circonstances ou aux passions.

Il est bien entendu que, dans tous les cas où le légataire ne pourrait faire valoir la clause testamentaire d'envoi en possession sans forme préalable, cette clause doit toujours

avoir un effet, qui est de faire profiter le légataire, des fruits ou intérêts encourus depuis le décès du testateur, jusqu'à la demande en délivrance ou en partage quand il y aura lieu, à quelque époque que cette demande soit formée.

Comment doit être exprimée la volonté du testateur, de faire courir les intérêts ou fruits de la chose léguée, sans demande en délivrance.

300. Quoiqu'il soit dit dans l'art. 1015, que *les intérêts ou fruits de la chose léguée courent au profit du légataire dès le jour du décès, et sans qu'il ait formé sa demande en justice*, lorsque le testateur aura *expressément* déclaré sa volonté à cet égard dans le testament, il ne faut pas conclure de ce mot *expressément* que la volonté du testateur doit être énoncée identiquement dans les termes employés précédemment, à peine contre le légataire d'être privé des fruits et intérêts à compter du décès. La loi veut bien qu'il y ait une déclaration *expresse* de volonté de la part du testateur, mais les termes dans lesquels la loi explique cette volonté, ne sont ni techniques ni sacramentels : il suffit qu'elle résulte des termes employés dans le testament.

Ainsi le vœu de la loi serait rempli, si le testateur disait, « qu'il veut qu'à compter de son décès les intérêts et les » fruits de la chose léguée soient livrés au légataire pour » en jouir en propriété. » J'ai vu élever la difficulté sur cette énonciation contenue dans un testament postérieur au Code civil; et des jurisconsultes éclairés, dont j'ai partagé l'opinion, ont été d'avis que cette énonciation assurait les fruits au légataire, à compter du décès du testateur, quoiqu'il n'y eût point de demande en délivrance formée dans l'année de ce décès.

Au surplus, l'exemple de cette difficulté est propre à appeler l'attention des testateurs et des notaires, sur l'emploi des termes, pour exprimer la volonté indiquée par le législateur.

Du cas où le légataire est, à l'époque du décès du testateur, en possession de l'immeuble légué.

301. Mais si, par quelque circonstance particulière, le légataire d'un immeuble était en possession, à l'époque du décès du testateur, de l'objet qui lui aurait été légué, serait-il assujetti à la demande en délivrance du legs, à l'égard de ceux qui, d'après la loi, seraient saisis de la succession, afin de pouvoir faire les fruits siens à compter du décès du testateur?

Henrys, tom. 2, liv. 6, dernière question, qui se fonde sur Gui-pape et Papon, et Ricard, *des Donat.*, part. 2, n° 11, en se tenant à la rigueur du principe, sont d'avis que la demande en délivrance est nécessaire.

Cependant ces auteurs observent que l'héritier ne serait pas fondé à demander contre le légataire le désistement de l'objet, sauf à lui en faire ensuite la délivrance.

Mais, par cette observation, ils semblent infirmer leur propre opinion. Si l'héritier n'est pas recevable à demander le désistement, il est inutile que le légataire lui demande la délivrance. Aussi Pothier, *des Donat. testam.*, chap. 5, sect. 2, § 2, s'est prononcé, dans ce cas, contre la nécessité de la demande en délivrance. Ce serait, dit-il, un circuit inutile que le légataire rendît la chose à l'héritier, pour que celui-ci la lui délivrât.

Espèce sur la nécessité de la demande en délivrance.

302. Un arrêt du 16 mars 1717, rapporté au Journal des audiences, poussa la sévérité sur le défaut de demande en délivrance à un point remarquable. Dans l'espèce de cet arrêt, un légataire universel avait demandé la mainlevée des scellés mis sur les objets de la succession; il l'avait obtenue avec la délivrance de tous les meubles et effets, mais seulement contre la partie publique, et non contre l'héritier. Celui-ci demanda dans la suite la nullité du testament; mais il fut confirmé par une sentence dont il appela; et sur l'appel, prévoyant qu'il succomberait au fond, il forma demande incidente contre le légataire, en restitution des fruits et in-

térêts, à compter du décès du testateur. Le légataire soutenait que, dans la position où il se trouvait, il devait être tenu pour diligent, et que tous ses droits devaient être conservés; néanmoins la demande incidente de l'héritier fut adoptée, quoiqu'il fût condamné sur l'objet principal, qui était la validité ou la nullité du testament.

On voit donc combien il est prudent d'aller au-devant des difficultés qui peuvent s'élever sur le défaut de demande en délivrance.

Du legs ou des fruits d'un immeuble, ou d'un usufruit.

303. Cette réflexion s'applique encore au cas du legs ou des fruits d'un immeuble, ou d'un usufruit, ce qui revient au même, à quelques modifications près.

Pour soutenir que la demande en délivrance de legs n'est pas nécessaire pour faire courir les fruits ou intérêts au profit du légataire, et qu'ils doivent toujours courir à compter du décès du testateur, on pourrait dire que les fruits sont alors le seul objet du legs; que l'usufruit est en lui-même une propriété; que c'est une propriété immobilière, s'il s'agit de l'usufruit d'immeubles, ainsi que cela est dit dans l'art. 526 du Code; que de même que le défaut de demande en délivrance du legs d'immeubles ne nuirait point au droit de propriété à l'égard du légataire, de même aussi le défaut de demande en délivrance d'un legs d'usufruit ne peut emporter l'extinction de ce legs, et que, dans ce cas, les fruits du legs ne peuvent consister que dans les intérêts des fruits annuels.

Cependant je pense que cette objection, que j'ai vue dans quelques auteurs, ne serait qu'un raisonnement qu'on ferait contre la disposition précise de la loi, qui ne fait aucune distinction, et que ce raisonnement en lui-même est plus subtil que solide. Sous quelque rapport qu'on considère les fruits dans ce cas, relativement à l'usufruitier, ils ne sont toujours que des revenus ordinaires respectivement à celui qui a la saisine; et la perception des fruits pour son compte, jusqu'à une demande en délivrance, est une conséquence de cette saisine.

[Dissertation nouvelle sur la question.]

[303 bis. M. Merlin, vol. 16 du Répertoire, au mot *Legs*, sect. 4, § 3, n° 30, et M. Toullier, *Droit civil*, tome 5, n° 423, sont d'un avis contraire à ce qui vient d'être dit. M. Merlin pense que le légataire d'usufruit a droit aux fruits, du jour du décès du testateur, *sans avoir besoin* de demande en délivrance. L'opinion de M. Toullier présente une modification à celle de M. Merlin. Il dit que le légataire usufruitier a droit aux fruits, à compter de la même époque, *quand même il aurait tardé d'en demander la délivrance, dans le cas d'usufruit constitué par testament*; ce qui suppose la nécessité de la demande en délivrance à une époque ou à une autre.

Cette question, selon nous, souffre plus de difficultés que ne l'ont pensé ces deux auteurs, ou, au moins, pour s'assurer d'une décision, et de la justesse de ses motifs, elle mérite d'être discutée.

Leur opinion prend son fondement dans l'article 604 du Code civil; il y est dit que le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit; il est ajouté, « *ils lui sont dus du moment où l'usufruit a été ouvert.* » De ces dernières expressions ils tirent la conséquence que, sans demande en délivrance, ou qu'à quelque époque que cette demande ait été formée, l'usufruitier a toujours droit de percevoir les fruits, ou d'en répéter le montant, s'ils ont été perçus par l'héritier, à compter du décès du testateur. Ils disent que cet article 604 fait exception à l'article 1014.

Mais cela résulte-t-il bien des termes de l'article 604? Ne pourrait-on pas dire avec fondement que cet article fait partie du chapitre, *de l'usufruit*, dans lequel le législateur a développé les principes généraux concernant cette matière; que le développement de ces principes a eu lieu, abstraction faite de la nécessité de la demande en délivrance du legs dont il n'y était pas question; que c'est seulement au chapitre des testaments, et spécialement lorsqu'il s'est agi des *legs*, que le législateur a exposé les

règles relatives à la demande en délivrance qui devait en être faite, ainsi qu'on le voit dans l'article 1014?

Dans l'article 601 et suivans, le législateur établit les principes généraux sur le cautionnement. Il en prescrit la nécessité à l'usufruitier, sauf quelques exceptions dont on ne doit pas s'occuper ici. Dans l'article 604, il en vient au retard dans lequel serait l'usufruitier de donner caution; il dit que ce retard ne le prive pas *des fruits auxquels il peut avoir droit; qu'ils lui sont dus du moment où l'usufruit a été ouvert*. Mais il ne résulte pas de là, pourrait-on opposer, la conséquence que le légataire de l'usufruit a toujours droit d'une manière absolue et indéfinie aux fruits, à compter de l'ouverture du décès du testateur: le législateur a seulement voulu dire que, malgré le retard du cautionnement, le légataire d'usufruit demeurerait dans sa position légale, c'est-à-dire, qu'il conserverait tous ses droits de la même manière que s'il eût pu d'abord donner une caution; mais il n'y a pas là un dégagement de l'obligation de demander la délivrance du legs. En déclarant que le droit du légataire aux fruits, remonte au jour du décès du testateur, ce n'est pas donner un privilège particulier au légataire, en ce qui regarde la nécessité de la demande en délivrance.

En effet, dans la règle générale, le droit au legs pour tout légataire quelconque, remonte au jour du décès du testateur, et néanmoins le légataire est toujours astreint à la nécessité de former la demande en délivrance du legs. C'est ce qui est parfaitement expliqué dans la savante dissertation d'un des annotateurs de Domat, *Lois civiles*, part. 2, liv. 4, sect. 8, n° 3; par Pothier, *Introd. au tit. 16 de la Coutume d'Orléans*, n° 60, et surtout au n° 75. C'est enfin le même principe écrit dans l'article 1014 du Code civil.

Ainsi, quoique l'article 604 comprenne, selon nous, l'usufruit légué par testament, comme l'usufruit donné par la loi, et celui qui aurait été donné par acte entre vifs, il faudrait, par rapport à l'usufruit légué, combiner l'article 604 avec l'article 1014; et le résultat de

cette combinaison serait que , quoique l'existence de l'usufruit légué remonte au jour du décès du testateur , il n'en serait pas moins vrai que , pour avoir droit aux fruits , il devrait y avoir une demande en délivrance de legs , ou un consentement à la délivrance , de la part de celui à qui la loi accorde la saisine , qui , si elle n'est pas une saisine de propriété , est au moins une saisine de possession.

Cependant , après des reflexions , nous nous déterminons à penser que les fruits doivent appartenir au légataire usufruitier , à partir du jour du décès du testateur , abstraction faite de l'époque à laquelle il y aurait eu une demande en délivrance du legs. Mais notre détermination n'est pas motivée sur la disposition de l'article 604 , parce que , selon nous , l'application de cet article au cas dont il s'agit , serait trop douteuse : nous la motivons sur les articles 585 et 600 du Code civil.

Il est dit dans le premier de ces articles : « Les fruits » naturels et industriels pendans par branches ou par *racines* , au moment où l'usufruit est ouvert , appartiennent » à l'usufruitier , etc. » Le second porte : « L'usufruitier prend les choses en l'état où elles sont ; mais , etc. » Il se tire de ces articles la conséquence que les fruits existans à l'époque du décès du testateur , ou , ce qui est de même , à l'époque de l'ouverture de l'usufruit , sont , dès cet instant , la propriété du légataire , en sorte que l'héritier qui les perçoit , est censé ne le faire que pour le légataire et en son nom , et il doit les lui rendre , comme on doit restituer la chose d'autrui.

C'est n'est pas qu'en s'aidant de plusieurs lois romaines , on ne pût soutenir que , quoique les lois donnent au légataire les fruits existans au décès du testateur , il ne peut cependant obtenir ceux qui sont perçus avant la demande en délivrance du legs. Mais l'explication de ces lois romaines n'est pas à beaucoup près sans difficultés , et nous suivons par préférence des textes précis de notre législation , qui ne donnent matière ni aux subtilités ni aux doutes.

Pour mieux connaître l'état de la question , et pour

faire mieux apercevoir les difficultés dont elle était environnée, nous rapporterons ce que M. Delvincourt dit sur la matière, dans son Cours de Code civil, tom 2, aux notes, page 379, édition de 1819.

« *Quid*, si ce sont les fruits qui sont légués? Par exemple : *Je lègue les fruits qui seront pendans par racines sur telle terre, au moment de mon décès.* Ces fruits sont dus bien certainement, mais comme capital, et non comme fruits; et s'ils avaient été recueillis par l'héritier, dans le cas où le légataire ne se serait pas présenté, celui-ci ne pourrait réclamer les intérêts de la somme représentative de ces fruits, que du jour de la demande. »

Cette décision nous paraît incontestable. La question est différente de celle où il s'agirait du legs d'un usufruit. Aussi M. Delvincourt en vient de suite au legs d'usufruit, et voici comme il s'explique :

« *Quid*, si le legs est d'un usufruit? Dans ce cas, comme l'usufruit est quelque chose de distinct de la perception des fruits, *cum consistat in jure, perceptio verò fructuum in facto*, je pense qu'on doit le comparer à une rente viagère, et le regarder comme un être moral produisant des fruits. Les fruits ne seraient dus que du jour de la demande. » Telle était notre première opinion, mais nous croyons devoir l'abandonner.

Cependant, quoique les fruits pendans par racines, lors de l'ouverture de l'usufruit, doivent incontestablement appartenir au légataire, à quelque époque qu'arrive la demande en délivrance du legs, il ne doit pas moins demeurer pour constant que le légataire ne peut, d'autorité privée, mettre la main sur les fruits, et qu'il faut, de sa part, la demande en délivrance et en restitution des fruits qui auraient été perçus à son préjudice, avant cette demande. Il y aurait là une voie de fait contre laquelle s'élèverait toujours avec force la saisine, au moins de possession, accordée par la loi aux héritiers naturels, ou au légataire universel. On ne conçoit même pas que le légataire universel en usufruit, lorsqu'il y a des héritiers à réserve, et le légataire d'usufruit, à titre universel, puissent

se dispenser de prendre la voie judiciaire, leur droit ne pouvant être connu que par l'effet d'un partage auquel il faudrait préalablement procéder. Mais il en est de même d'un légataire particulier d'usufruit, quoique l'objet dont l'usufruit lui est légué, puisse être connu et déterminé. Ici revient toujours la conséquence qui se tire de la saisine. On sent facilement les différences qui peuvent résulter ou de la mainmise directe, sans demande en délivrance, ou de cette demande judiciaire, pour obtenir la possession, selon les diverses positions dans lesquelles se trouveraient placées les parties intéressées.]

Du legs ou de la remise d'une dette.

304. Mais si un testateur léguaît ou remettrait à son débiteur la dette, dans ce cas on ne pourrait pas dire que les intérêts ont couru au profit de celui qui a la saisine, tant qu'il n'y aurait pas de demande en délivrance : ce n'est même pas le cas d'une pareille demande. Les intérêts ne sont qu'une suite ou un accessoire du capital, et le capital n'étant plus dû, il en est de même des intérêts.

Du cas où le legs est fait à un des héritiers en préciput.

305. Si le legs est fait à un des héritiers, en préciput, cet héritier pré légataire devrait-il former une demande en délivrance contre ses co-héritiers, à peine de privation des fruits?

Ce qui fait le sujet de la difficulté, c'est que le pré légataire est saisi lui-même, comme héritier, de l'objet légué, jusqu'à concurrence de la portion qu'il amende en cette qualité; et comme un des motifs de la demande en délivrance est d'éviter des voies de fait, il est difficile d'en apercevoir une dans la mise en possession d'un immeuble de la part de celui qui est déjà saisi de droit d'une partie.

Ricard, n° 11, s'est décidé dans ce cas pour la nécessité de la demande en délivrance; mais cette opinion a toujours paru d'une rigueur extrême. Telle est la remarque de Furgole, *des Testamens*, chap. 10, n° 58, qui se fonde sur l'opinion de Mornac.

Ce qu'il y a de vrai, c'est qu'autrefois, dans le pays de Coutume d'Auvergne, quoique l'article 42 du titre 12 de cette Coutume portât que le quart, qui était tout ce qu'on pouvait léguer par testament, dût être pris de la main des héritiers *q*b* intestat*, sans que les légataires s'en pussent dire saisis, l'usage était que tant que la succession restait indivise, le prélegataire du quart ne demandait rien; et lorsque les héritiers venaient à partager, on laissait prélever le quart par le légataire avec les fruits perçus pendant l'indivision, dans la proportion. Cet usage est attesté par Chabrol, dans son Commentaire sur l'article de cette Coutume que je viens de citer, 4^e question. Il ajoute néanmoins que le sentiment contraire serait le plus conforme aux principes.

Cependant cet usage s'était introduit d'après un arrêt du 9 août 1604, rapporté par Brodeau, lettre H, somm. 16, n^o 2, et par Chopin, *de priv. rust.*, liv. 3, chap. 7, n^o dernier. Ces deux auteurs s'étaient décidés pour la dispense de la demande en délivrance dans ce cas; et l'on ne serait pas étonné que les tribunaux vissent encore, dans la circonstance du prélegs, le motif d'une exception au principe de la demande en délivrance.

Quelle est la peine du défaut de demande en délivrance.

— *Le légataire est saisi de la propriété du legs, du jour du décès du testateur.*

306. Mais la peine du défaut de demande en délivrance dans les cas où elle est nécessaire, est bornée à la perte des fruits ou intérêts, à compter du décès du testateur, jusqu'à cette demande. La propriété n'appartient pas moins au légataire dès l'instant de ce décès; en sorte que si l'héritier vendait l'objet légué, avant cette demande en délivrance, le légataire pourrait le revendiquer comme sa chose propre vendue par autrui.

Cela résulte de la disposition de l'art. 1014 du Code civil.

« Tout legs pur et simple, y est-il dit, donnera au légataire, du jour du décès du testateur, *un droit à la chose léguée*, droit transmissible à ses héritiers ou ayant-cause. » Or, ce droit ne peut être que le droit de pro-

priété : le légataire est saisi de ce droit de propriété du jour du décès du testateur. Il l'est en vertu du testament, et le testament n'est assujéti par la loi à aucune formalité extrinsèque, telle que celle de la transcription, pour empêcher l'héritier légal de vendre, ou au moins pour empêcher la réclamation du légataire contre celui qui aurait acquis de l'héritier.

Ce qui confirme encore dans cette idée, c'est ce qui est dit dans la suite du même art. 1014. « Néanmoins le légataire particulier ne pourra se mettre en possession de la » chose léguée, ni en prétendre les fruits ou intérêts, qu'à » compter du jour de sa demande en délivrance, etc. » On voit qu'il faut distinguer ce qui est relatif à la jouissance, de ce qui concerne la propriété. On peut avoir la propriété, sans avoir le droit de jouir.

On peut dire, il est vrai, que cet article 1014 a eu principalement pour objet d'exprimer que le légataire qui, au décès du testateur, a capacité de recevoir, peut transmettre son legs aussitôt à ses héritiers, s'il décédait immédiatement après le décès du testateur, quoiqu'il n'eût fait aucune réclamation avant de mourir. On peut dire que par cet article on a voulu, toujours dans le sens de la transmission, marquer la différence d'entre le legs pur et simple, et le legs fait sous condition, parce que, dans ce dernier cas, par une conséquence des art. 1040 et 1041, le legs serait caduc, et dès lors il ne serait pas transmissible, si le légataire venait à mourir, ou s'il tombait dans une incapacité de recevoir à titre de legs, avant l'événement auquel la disposition serait subordonnée; et on sent dès lors que dans le cas du legs conditionnel, la demande en délivrance ne peut avoir lieu qu'après l'événement.

Mais de ce que le legs pur et simple est transmissible aux héritiers du légataire, à compter du décès du testateur, lorsque le légataire est existant lors de ce décès, et que le legs conditionnel est aussi transmissible lorsque le légataire existe lors de l'événement dont le legs est conditionné, toujours est-il vrai que tout cela ne peut avoir lieu que parce que le légataire a la propriété de la chose léguée.

Si l'objet particulier qui aurait été légué pouvait être vendu par l'héritier avant la demande en délivrance, il faudrait en conclure qu'il en serait de même du legs universel, respectivement aux héritiers auxquels la loi assigne une réserve, et du legs à titre universel, respectivement ou au légataire universel, ou à défaut de celui-ci aux héritiers collatéraux auxquels la loi n'attribue pas de réserve. Or, pourrait-on soutenir que, parce qu'il n'y aurait pas encore de demande en délivrance contre tous ces héritiers ou légataires, ils pourraient vendre ou les objets qui dépendraient du legs universel, ou ceux qui devraient composer le legs à titre universel? On ne pourrait voir dans tout cela qu'un moyen trop commode et trop dangereux de porter atteinte à la propriété. Tels étaient les anciens principes. Ils étaient consignés dans les lois romaines. On les a toujours suivis dans l'ancienne législation, et rien n'indique un changement à ce sujet dans la nouvelle.

Ainsi, il faut regarder comme une règle constante que le testament étant reconnu, et se trouvant valable, le droit qui en résulte remonte au jour du décès du testateur; en sorte que tout ce qui tient à la saisine et à la nécessité de la demande en délivrance, se réduit dans le fond à la question de savoir qui aura les fruits entre le décès du testateur et la demande en délivrance.

De tout ce qui vient d'être dit, il résulte que le légataire peut vendre son legs, et en transmettre valablement la propriété avant qu'il y ait eu une demande en délivrance de sa part, sauf à l'acquéreur à former cette demande en délivrance, et à prendre par suite toutes les mesures convenables pour parvenir à l'exécution du legs.

Des frais de la demande en délivrance. — Des droits d'enregistrement.

307. D'après l'article 1016 du Code, les frais de la demande en délivrance ne sont point à la charge du légataire; ils sont à la charge de la succession. On se décide toujours dans le sens que la libéralité ait intégralement son effet. La

présomption est que telle a été l'intention du testateur, à moins qu'il n'ait manifesté une intention contraire.

Mais les droits d'enregistrement sont dus par le légataire, excepté le cas où le testateur aurait voulu qu'ils fussent supportés par sa succession.

Cependant les frais de la demande en délivrance du legs, et les frais d'enregistrement, seraient à la charge du légataire, quelle qu'eût été l'intention du testateur à ce sujet, si, en les prenant sur la succession, il devait en résulter une réduction de la réserve que la loi attribue à certains héritiers. Cette réserve devant être intacte, on ne peut pas plus l'entamer indirectement qu'on ne pourrait le faire directement.

Chaque legs peut être enregistré séparément.

508. Mais ce qu'il est important de remarquer, c'est que, d'après le même article 1016, chaque legs pourra être enregistré séparément, sans que cet enregistrement puisse profiter à aucun autre qu'au légataire ou à ses ayant-cause.

On tenait anciennement que l'enregistrement d'un testament était indivisible. L'homme pauvre, celui qui souvenant avait reçu un legs par les motifs les plus favorables, un domestique, par exemple, auquel le legs aurait été fait pour tenir lieu de la plus juste récompense, ne pouvait en poursuivre l'acquittement contre un héritier cupide ou ingrat, parce qu'il ne pouvait faire valoir le testament en justice sans qu'il fût enregistré, et qu'il était hors d'état d'avancer les frais de l'enregistrement. On sent donc le prix de l'innovation faite par cet article, dont l'objet a été de mettre un terme à un abus qui était remarqué depuis long-temps.

SECTION III.

DE QUELLE MANIÈRE LES LEGS DOIVENT ÊTRE ACQUITTÉS,
ET DANS QUELS CAS ILS SONT GREVÉS DES DETTES.

De quelle manière les dettes et les legs doivent être acquittés. — 1^o Ce que c'est que dettes et charges d'une succession. — 2^o Différences entre l'acquittement des dettes et l'acquittement des legs. — 3^o Les legs d'objets particuliers ne sont point sujets au paiement des dettes ; ni d'autres legs.

309. Il s'agit actuellement d'examiner de quelle manière les dettes et les legs doivent être acquittés.

Avant de descendre dans les détails à ce sujet, il est à propos de poser d'abord quelques points fondamentaux : il sera ensuite aisé de tirer les conséquences.

1^o. Il est nécessaire de savoir positivement ce que c'est que *dettes et charges* d'une succession, et d'en bien fixer le caractère.

Ferrières, sur les articles 332, 333, 334, et 342 de la Coutume de Paris, et Furgole, *des Testaments*, chap. 10, sect. 5, se sont expliqués à ce sujet avec étendue. Cela pouvait être nécessaire sous l'ancienne législation, attendu la division qu'il fallait faire des biens relativement au mode de succéder dans les pays coutumiers, et qu'on devait y remonter à leur origine.

Mais ces distinctions étant abolies dans notre législation actuelle, et comme il n'y a qu'un seul patrimoine ainsi que dans le droit romain, sauf sa division entre les lignes paternelle et maternelle, on peut se borner sur cette matière à une explication très-simple.

Les dettes proprement dites d'une succession sont celles qui ont été constituées par le défunt ou par ses auteurs, et au paiement desquelles il aurait pu être contraint lui-même.

Les legs faits par le défunt ne peuvent être considérés sous ce point de vue. Le défunt ne les a jamais dus person-

nellement; il impose à ses héritiers appelés par la loi, ou aux autres successeurs à titre universel qu'il se crée, l'obligation de les acquitter. On ne peut recueillir la succession que sous la condition de payer les legs; mais ils ne sont pas pour cela des dettes proprement dites de la succession, ils sont des charges du droit de succéder, ou, ce qui est de même, des charges de la succession; et c'est pourquoi on voit dans une foule d'articles du Code civil, *les dettes et charges de la succession*.

On peut encore mettre au rang des charges de la succession les frais des funérailles du défunt. Quant à ceux d'apposition des scellés, d'inventaire, partage, et généralement tous ceux qui ont pour objet la conservation ou la détermination du droit des héritiers ou autres successeurs, ce serait improprement qu'on les appellerait charges de la succession : ce sont des charges des héritiers ou autres successeurs.

Enfin, il y a une autre espèce de dettes qui, quoique dues par le défunt, ont toujours été désignées, non sous le titre de dettes de la succession, mais sous celui de charges particulières des biens.

C'est ainsi qu'on entend les rentes foncières qui ont eu pour principe la tradition du fonds, ou les autres droits fonciers dont certains biens de la succession sont grevés. Lorsqu'il s'agit du partage de la succession entre les héritiers ou autres successeurs, ces charges doivent être reportées sur la masse de la succession, et l'immeuble qui en est grevé ne doit être estimé que déduction faite de leur valeur, afin d'observer l'égalité. Mais lorsqu'il s'agit de la donation ou du legs de cet immeuble, et qu'il n'y a point de stipulation contraire, la charge ou le droit foncier suit naturellement l'immeuble (1).

[Nous devons revenir sur ce qui vient d'être dit, que

(1). Si on désire les connaissances les plus étendues sur ce qui concerne les dettes et charges de la succession ou de l'hérédité, on pourra consulter Domat, *Lois civiles*, 2^e partie, liv. 1^{re}, tit. 1^{er}. Ce qu'il dit se rapporte aux successions testamentaires comme aux successions *ab intestat*, et se rapproche plus de notre législation actuelle que ce qui a été écrit par d'autres auteurs.

lorsqu'il s'agit de la donation ou du legs d'un immeuble, et qu'il n'y a point de stipulation contraire, la charge ou le droit foncier suit naturellement l'immeuble.

Cela était vrai dans l'ancienne législation dont nous étions alors trop préoccupés, mais ne l'est pas dans la nouvelle. La mobilisation des rentes, même foncières, opérée par les lois nouvelles, produit cet effet, que ces rentes deviennent des charges générales de la succession, et que les immeubles sur lesquels elles portaient, n'en sont pas chargés spécialement, sans une déclaration contraire du disposant. M. Toulhier, *Droit civil*, tom 5, n° 539, relève cette inadvertance, et son observation est juste. Aussi, dans notre *Traité des hypothèques*, nous sommes partis de cette idée que toutes les rentes et droits fonciers rachetables, étaient soumis aux mêmes règles que les créances ordinaires, et devaient être conservés par les mêmes voies légales.]

2°. Lorsqu'il a été question de déterminer la manière d'acquitter les dettes proprement dites de la succession, les héritiers appelés par la loi, même ceux auxquels elle affecte spécialement une réserve, ont dû être chargés de cet acquittement, soit qu'ils fussent seuls, soit qu'ils fussent en concours avec un légataire universel, ou avec des légataires à titre universel, chacun à proportion de ce qui devait lui revenir dans la succession.

La raison en est que la constitution des dettes de la part de tout individu est l'exercice du droit de propriété; de même qu'il aurait pu vendre tous ses biens, et ne point laisser de succession, de manière qu'il ne fût resté à ses représentants que le droit et le nom d'héritiers, *jus et nomen hæredis*, de même il aurait pu épuiser la totalité de ses biens en créant des dettes. De là vient qu'on ne répute comme biens, et dès lors comme succession, que ce qui reste, distraction faite des dettes : *Non dicuntur bona nisi deducto cære alieno*.

Mais à l'égard de l'acquittement des legs, il n'en a pas été de même, et il a fallu recourir à d'autres règles. La raison s'en tire de la distinction que le législateur a cru devoir faire entre les héritiers. Il y en a que le testateur peut entièrement pri-

ver de sa succession par des libéralités; mais il y en a aussi envers lesquels le législateur a cru ne pas devoir permettre une exclusion absolue, tels que les enfans et les ascendans : il leur a affecté une quotité des biens, qu'ils doivent avoir, contre la volonté même du testateur. Or, si ces héritiers privilégiés étaient obligés de contribuer indirectement à tous les legs qu'il plairait au testateur de faire, il est sensible que leur réserve pourrait être épuisée par ces libéralités, et que ce que la loi aurait voulu leur donner, la volonté de l'homme aurait pu le leur enlever.

C'est pour éviter cette contradiction, et pour assurer le vœu de la loi, qu'il a fallu affranchir les héritiers réduits à leurs réserves, de l'acquittement des legs, et en charger les autres successeurs à titre universel.

Ainsi, non-seulement le testateur ne peut, par des legs, épuiser ce qui se trouve dans sa succession, au préjudice de la réserve, mais encore la loi a accordé aux héritiers auxquels elle affecte cette réserve le droit de la demander par forme de retranchement sur les donations entre vifs déjà faites par le testateur, ainsi qu'on le verra dans la 4^e partie de ce Traité. En sorte que le législateur, soit quand il faut régler le mode de paiement des legs, soit quand il s'agit de comparer ce qui reste dans la succession, distraction faite des donations entre vifs, avec le montant de la réserve, se trouve toujours en accord avec le principe de la stabilité de cette réserve.

Il résulte de là que les legs peuvent souvent être réduits, ou que même ils ne peuvent être acquittés en aucune partie; ce qui arriverait, si le testateur avait déjà fait des donations qui ne laissassent dans la succession que le montant des réserves, d'après l'art. 925 du Code; tandis que les dettes doivent toujours être payées intégralement, ou au moins jusqu'à concurrence de la valeur de tous les biens.

Mais c'est en cela même que se manifeste la justice du législateur. La constitution des dettes tient au droit naturel. Les créanciers sont fondés sur des contrats ou des conventions appelés en droit *bonæ fidei* : tant qu'il y a des biens pour les payer, ils doivent l'être.

Mais les legs ne prennent point leur principe dans un contrat ni dans une convention. Le testament duquel ils tirent leur existence, est un acte qui émane entièrement du droit civil. C'est aussi la loi civile qui a établi la réserve en faveur de certains héritiers, et elle l'a établie comme une dette sacrée. Le testateur ne pouvant tester qu'en vertu du pouvoir que lui en a donné la loi civile, est astreint à le faire dans les bornes que cette loi a posées : il doit donc respecter le droit de réserve. Ainsi, on sent au premier coup d'œil la différence qu'il y a entre les droits d'un créancier et celui d'un légataire.

3°. Il ne faut pas perdre de vue un autre principe important sur cette matière; c'est que les legs d'objets particuliers, tels que d'un immeuble, d'un ou plusieurs meubles, ou d'une somme, ne sont sujets ni au paiement des dettes, ni à l'acquittement des autres legs. Le légataire particulier peut bien être poursuivi hypothécairement par les créanciers qui ont une hypothèque sur l'objet légué; mais c'est sauf le recours du légataire contre les successeurs, ou universels, ou à titre universel.

La raison de cette disposition est qu'en général la nécessité d'acquitter les dettes et charges de la succession est attachée au titre d'universalité sur cette succession. Ainsi quand on lègue une moitié, un quart de tous ses biens, on sent que cette moitié, ce quart ne doivent s'entendre que distraction faite de la moitié, d'un quart des dettes, puisque la liquidation d'une succession emporte en elle-même l'idée de cette distraction. Ici revient cette règle : *Non dicuntur bona, nisi deducto ære alieno.*

Mais quand il s'agit du legs d'un objet particulier, toutes ces idées ne peuvent se présenter. Cet objet particulier n'a point de valeur fixe et reconnue, proportionnellement à la valeur de tous les autres biens qui composent la succession. Le testateur peut l'isoler quant aux dettes, et renvoyer les dettes sur le surplus des autres biens; ce qu'on ne peut pas dire d'une quotité de succession, qui, par la nature même des choses, a une place marquée dans l'affectation des dettes qui portent sur la masse des biens. Le légataire d'un objet

figure, respectivement aux dettes de la succession, de la manière que le fait le donataire entre vifs d'une chose particulière, *certainæ rei*, respectivement aux dettes du donateur, existantes lors de la donation. Or, ainsi que je l'ai observé dans la première partie, ce donataire n'est tenu personnellement d'aucunes dettes; il ne l'est qu'à raison de l'hypothèque, sauf son recours.

Il faut donc considérer le legs d'un objet particulier, sous le rapport d'une distraction de la succession et de la charge générale des dettes. Telle est la volonté présumée du testateur, lorsqu'il n'a pas annoncé une intention contraire; en sorte que, sous ce point de vue, le legs particulier a un avantage sur tous les autres legs : c'est ce qui avait lieu sous l'ancienne législation française. Cette jurisprudence prenait sa source dans la disposition des lois romaines, et elle est confirmée d'une manière positive par les articles 871, 874, et 1024 du Code.

Il est cependant des cas où l'avantage du legs particulier dont nous venons de parler reçoit des modifications ; c'est lorsqu'il en résulterait que les réserves affectées à certains héritiers seraient entamées. Les dispositions législatives concernant ces modifications se puisent dans les articles 920, 922, 925, 926 et 927 du Code.

Comme il n'est ici question que du mode général d'acquiescement des dettes et des legs, je ne m'expliquerai point sur les différens cas dans lesquels ces modifications doivent arriver. Je renvoie cette explication à la quatrième partie de ce Traité, parce qu'elle concerne le droit de retranchement ou de réduction que la loi accorde aux héritiers auxquels une quotité est réservée, afin que cette quotité, dans tous les cas, demeure intacte.

J'observe encore que dans ce que j'ai dit de l'affranchissement du légataire particulier de la contribution aux dettes, j'ai entendu y comprendre même les dettes auxquelles l'immeuble légué serait spécialement affecté. Il n'y a point, à cet égard, d'autres règles à suivre, malgré l'art. 1020 du Code, sur les dispositions duquel je m'expliquerai bientôt, n° 518.

Par qui doivent être acquittés les dettes et les legs. — Quels sont les successeurs à titre universel. — Du concours des légataires avec les héritiers.

310. Les principes généraux ci-dessous étant une fois posés, on ne peut éprouver d'embarras, dans quelque position que l'on se trouve, sur l'acquittement des dettes ou des legs.

Ces dettes et ces legs doivent être acquittés par le légataire universel, s'il est seul, puisque la loi le met à la place des héritiers. A défaut d'un légataire universel, ils doivent l'être par les héritiers ou autres successeurs à titre universel, qui se trouvent en concours. Articles 870, 871, 873, 875 et 1009.

Il faut entendre par ces successeurs à titre universel les légataires à titre universel. Nous venons de dire que le droit à une quotité de la succession emporte de droit la charge du paiement d'une quotité proportionnelle des dettes. Cette qualité de successeurs à titre universel est encore imposée par le législateur lui-même aux légataires à titre universel comme aux héritiers. En effet, il est dit dans l'art. 873, que les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession personnellement pour leur part et portion virile, et hypothécairement pour le tout, sauf leurs recours, soit contre leurs co-héritiers, soit contre les *légataires universels*, à raison de la part pour laquelle ils doivent y contribuer. Dans les articles 874, 875 et 876, on ne se sert pas des mêmes expressions; il y est dit : les co-héritiers ou *successeurs à titre universel*; et en lisant ces articles avec attention, on est convaincu que ces dernières expressions se réfèrent à celles de *légataires universels*, qui sont écrites dans l'art. 873.

On doit encore comprendre dans les successeurs à titre universel ceux à qui le testateur a légué ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous ses immeubles ou de tout son mobilier, puisque l'art. 1010 a imprimé à ces légataires le caractère de légataires à titre universel.

Mais s'il n'y avait en concours qu'un légataire universel, avec un ou plusieurs héritiers auxquels la loi réserve une quotité des biens, alors ce légataire universel sera seul tenu d'acquitter tous les legs. Telle est la disposition de l'art. 1009 : on en sent aisément la raison ; elle se tire de la nécessité de laisser à ces héritiers la réserve intacte.

Il n'est pas dit dans l'article 1009 que le légataire universel paiera les legs particuliers : il y est dit *tous les legs*. Il est possible, en effet, qu'il y ait en concours avec le legs universel d'autres legs que des legs particuliers proprement dits. Nous avons observé, au commencement du présent chapitre, que la qualité de légataire universel subsiste, quoiqu'il y ait des legs de tous les immeubles ou de tout le mobilier, ou d'une quotité fixe de tous les immeubles ou de tout le mobilier. Ces legs seraient à la charge du légataire universel, comme les legs vraiment particuliers.

C'est seulement lorsqu'il se trouve en concours avec les héritiers auxquels la loi accorde une réserve, un légataire à titre universel, et que son legs ne porte que sur une partie de la quotité disponible, que ce légataire et ces héritiers sont tenus d'acquitter tous les legs particuliers, ainsi que cela est dit dans l'article 1013.

On sent, en effet, qu'un héritier auquel la loi accorde une réserve, peut avoir dans la succession un émolument indépendant de sa réserve. S'il ne se trouve pas réduit à cette réserve en renonçant à la succession, ce qui arrive si la portion disponible n'est pas épuisée par les legs faits à titre universel, et s'il prend part à cette portion, alors il est à l'instar de tous héritiers quelconques, et il doit contribuer au paiement des legs particuliers en proportion de son émolument dans la succession.

Il est inutile de rappeler que le légataire particulier est affranchi de la contribution au paiement des dettes, et à l'acquittement des autres legs, sauf toutefois les modifications dont cet affranchissement est susceptible, et que j'ai déjà annoncées, n° 309, *in fine*.

Comment sont tenus des dettes et des legs, les héritiers et autres successeurs à titre universel.

311. Venons à présent à l'examen du genre d'action qu'ont les créanciers et les légataires contre les héritiers et autres successeurs à titre universel pour le paiement des dettes et des legs. Il résulte des art. 873 et 1017 du Code, que tous ceux qui doivent contribuer au paiement des dettes, et à l'acquittement des legs, peuvent être poursuivis par l'action personnelle pour leur part et portion virile, et hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seraient détenteurs : c'est aussi ce qui avait lieu sous l'ancienne législation. L'action contre la personne, qui se reporte sur le mobilier, se mesure par la portion due par l'héritier ou autre successeur à titre universel. Mais l'hypothèque étant indivisible, elle peut s'exercer sur les immeubles de la succession pour la totalité de la créance ou du legs, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession.

Ricard, *des Donations*, partie 2^e, chap. 1^{er}, sect. 4, avait soutenu avec force, en se fondant sur les termes de quelques lois romaines; que dans le cas du legs d'une somme « l'action hypothécaire ne s'étend pas plus avant » que la personnelle, et que chaque héritier n'est tenu » hypothécairement des legs que pour sa part et portion, » et non pour le tout. » Cet auteur luttait contre l'avis de plusieurs autres, et contre des arrêts. Son opinion, quoiqu'adoptée par Pothier, *Traité des Donations testamentaires*, chap. 5, sect. 2, art. 2, § 2, n'était pas généralement suivie en pratique. Mais il ne peut plus y avoir de difficulté à ce sujet, d'après les termes de l'article 1017 du Code : « Ils en seront tenus hypothécairement » pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront détenteurs. »

Il n'y a donc aucune différence, à ce sujet, entre les legs et les dettes. Il est vrai que l'on ne voit point dans l'art. 873, concernant les dettes, ces mots, *jusqu'à concurrence*, etc.; il y est seulement dit *hypothécairement*

pour le tout. Mais ces dernières expressions suffisent pour rendre l'idée, sans autre addition. D'ailleurs, on sent qu'on doit suppléer les mots *jusqu'à concurrence*, etc., dans l'art. 873. On ne peut supposer que le législateur ait voulu plus pour les legs, dont il est parlé dans l'article 1017, que pour les dettes, qui font le principal objet de l'article 873.

Explications quant à l'hypothèque des legs sur les biens du testateur. — Du droit de séparation de patrimoine. — Des formalités à observer pour la conservation de ce droit, tant que les biens existent dans la main de l'héritier, et en cas de vente.

312. Mais on peut à ce sujet prévoir une objection, qui consisterait à dire que, comme il n'y a d'autre hypothèque que celle qui résulte d'une inscription hypothécaire prise en vertu d'un contrat ou d'un jugement, il ne peut y avoir d'hypothèque sur les biens du testateur, pour les legs qu'il a faits, puisqu'il ne les a jamais dus lui-même, et qu'il n'a rien affecté à titre d'hypothèque.

Le remède à cet inconvénient avait été trouvé dans le droit romain, par la faculté accordée aux créanciers du défunt, de demander contre les créanciers personnels de l'héritier la séparation du patrimoine du défunt, de celui de l'héritier. L'objet de cette faculté était de pouvoir distinguer et suivre les biens du défunt. Cette faculté était accordée pour tous les biens du défunt, soit meubles, soit immeubles; elle l'était non-seulement aux créanciers hypothécaires du défunt, mais encore aux créanciers chirographaires, qui étaient même ceux qui en avaient le plus besoin. Aussi était-ce une maxime, que la demande en séparation de patrimoine était indépendante de l'hypothèque, et qu'elle tenait à la seule qualité de créancier.

La raison et l'équité conduisirent à donner droit de séparation de patrimoine aux légataires comme aux créanciers du défunt : il y avait parité de motif; ils n'étaient pas créanciers du défunt, mais ils étaient créanciers sur les biens de l'hérédité. La seule différence qu'il y eût entr'eux et les créanciers, c'est qu'ils ne pouvaient être

payés sur les biens de l'hérédité qu'après ces derniers. Le défunt n'avait pu être libéral qu'après avoir été libéré. *Nemo liberalis nisi LIBERATUS*. Ce fut par la loi 6, ff. *de sep.*, et par la loi 4, § 1^{er}, *eod.*, que ce droit de séparation fut assuré aux légataires.

Ce n'est pas tout : l'empereur Justinien, dans la loi 1^{re}, au Code *communis de legatis*, etc., voulut que tous les légataires quelconques eussent une hypothèque pour leurs legs sur les biens du testateur, indépendamment de l'action personnelle contre ceux qui en étaient débiteurs.

Tous ces principes avaient été admis dans la jurisprudence française. On y tenait comme une maxime que les légataires, même en vertu de testaments olographes, avaient une action hypothécaire sur les biens laissés par le défunt, de manière que les détenteurs des biens de la succession devaient ou payer le legs, ou abandonner les biens par hypothèque.

Le motif qui fit accorder cette hypothèque, fut que l'on devait considérer comme authentique tout testament vérifié et reconnu être fait dans les formes exigées par la loi.

La législation actuelle présente les mêmes avantages pour les légataires, malgré quelques modifications nécessitées par le changement de législation relativement au régime hypothécaire.

Il faut d'abord remonter à l'art. 878, qui dit que les créanciers du défunt peuvent demander dans tous les cas, et contre tout créancier, la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier.

Il est dit, dans l'art. 880, que ce droit se prescrit relativement aux meubles par le laps de trois ans; et qu'à l'égard des immeubles, l'action peut être exercée tant qu'ils existent dans la main de l'héritier.

Toutes ces dispositions, qui ne paraissent d'abord concerner que les créanciers du défunt, deviennent communes aux légataires, d'après l'article 2111, qui impose la formalité de l'inscription, afin de conserver le droit. « Les créanciers et légataires, y est-il dit, qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, conformément à

» l'art. 878, au titre des successions, conservent, à l'égard
 » des créanciers des héritiers ou représentans du défunt,
 » leur privilège sur les immeubles de la succession, par
 » les inscriptions faites sur chacun de ces biens, dans les six
 » mois à compter de l'ouverture de la succession. »

Il y est ajouté : « Qu'avant l'expiration de ce délai au-
 » cune hypothèque ne peut être établie avec effet sur ces
 » biens, par les héritiers ou représentans, au préjudice de
 » ces créanciers ou légataires. »

Ainsi, le résultat de tous ces articles est que les légataires ont, comme les créanciers, la faculté de demander la séparation du patrimoine du défunt, de celui de ses héritiers; qu'ils ont un privilège sur les biens du défunt à l'égard des créanciers des héritiers, en sorte que ceux-ci ne peuvent imprimer des hypothèques sur les biens du défunt au préjudice des légataires. Mais pour que les légataires conservent ce privilège, il faut qu'ils aient la précaution de faire des inscriptions sur les biens de la succession dans les six mois, à compter de son ouverture, et il ne leur suffirait pas d'avoir formé la demande en séparation.

Il s'était d'abord élevé des difficultés sur la manière d'entendre les articles ci-dessus cités du Code civil, relativement aux formalités imposées aux légataires et créanciers du défunt, pour conserver leur privilège. J'avais même cru devoir présenter quelques doutes à ce sujet, dans la première édition de ce Traité.

Mais je les abandonne pour m'en tenir à une décision affirmative qu'on trouve sur la question, dans le Répertoire universel de jurisprudence, au mot *Privilège de créance*, sect. 4, § 6, n° 2; et au mot *Séparation de patrimoines*, § 3, n° 6. Je dois même me féliciter d'avoir manifesté ces doutes, parce que j'ai lieu de croire qu'ils ont provoqué cette décision.

Écoutons ce que dit M. Merlin dans la dernière partie du Répertoire que je viens d'indiquer. Après avoir rapproché l'art. 2111 des articles 878 et 880, il est ajouté, en parlant de l'art. 2111 : « Et de là que résulte-t-il? une chose fort
 » simple : c'est qu'à compter de la promulgation de l'arti-
 » cle 2111, les créanciers du défunt ne peuvent plus exiger

» la séparation de son patrimoine, envers les créanciers
» hypothécaires de l'héritier, qu'autant qu'ils en forment
» la demande dans les six mois de sa mort, et qu'ils joignent
» à cette demande la précaution de s'inscrire sur chacun
» de ses immeubles.

» Observons, en effet, que l'article 2111 n'accorde la
» faculté, comme il n'impose le devoir, de s'inscrire sur
» les immeubles du défunt, qu'aux créanciers *qui demandent la séparation de son patrimoine*. Il est donc dans
» son intention que l'inscription ne puisse avoir lieu, ou
» produire son effet, que dans le cas où elle est, soit accompagnée, soit précédée d'une demande en séparation.
» Si l'on pouvait élever là-dessus quelques doutes, ils
» seraient bientôt résolus par un fait dont le procès-verbal
» du Conseil d'état nous offre la preuve : c'est que les
» mots, *qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, conformément à l'article 878*, ne se trouvaient
» pas dans le projet de l'art. 2111, tel qu'il avait été préparé dans la section de législation; c'est qu'ils y ont
» été ajoutés d'après un amendement proposé dans le sein
» du Conseil d'état même. Or, cet amendement, quel
» pouvait en être le but? Bien évidemment il ne pouvait
» pas en avoir d'autre, que de limiter aux créanciers qui
» demanderaient la séparation du patrimoine du défunt,
» la faculté de s'inscrire sur les immeubles de la succession, à l'effet de conserver le privilège de cette séparation; il ne pouvait pas en avoir d'autre, que d'exclure
» de cette faculté ceux qui, dans les six mois de l'ouverture
» de la succession, n'auraient pas formé leur demande
» en séparation du patrimoine du défunt; il ne pouvait
» pas en avoir d'autre, que de modifier l'article 880 du
» Code, en ce sens que la faculté accordée par cet article
» aux créanciers du défunt de demander la séparation de
» ses immeubles, durerait envers les créanciers chirographaires de l'héritier, tout le temps que les immeubles
» resteraient dans la main de celui-ci; mais qu'envers les
» créanciers hypothécaires de l'héritier qui se seraient fait
» inscrire sur les biens de la succession, elle ne subsisterait

» que pendant les six mois qui suivraient la mort du
» défunt. »

Ainsi, est-il toujours dit dans la suite du même article, n° 7, « relativement aux meubles et aux immeubles qui ne » sont frappés d'aucune inscription de la part des créanciers » personnels de l'héritier, les créanciers du défunt ne sont » pour l'exercice de leur droit, astreints à aucune forma- » lité. Mais relativement aux immeubles sur lesquels des » créanciers hypothécaires de l'héritier se seraient inscrits, » les créanciers du défunt perdraient leur privilège, s'ils » ne l'avaient fait inscrire dans les six mois de l'ouverture » de la succession. »

Cette décision est d'une telle précision, qu'elle rend superflues toutes autres réflexions.

Mais ce qu'il est essentiel de remarquer, c'est que l'art. 2111 du Code civil n'est pas applicable aux créanciers et légataires d'une succession ouverte sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7, c'est-à-dire, que les créanciers et les légataires d'une succession ouverte sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7, n'ont pas été obligés, depuis la publication du titre du Code civil, relatif aux privilèges et hypothèques, de prendre, dans les six mois qui ont suivi cette publication, des inscriptions hypothécaires pour conserver le droit de demander la séparation des patrimoines.

Les Recueils nous apprennent que cette question avait été controversée, et que les Cours d'appel avaient été, à ce sujet, divisées d'opinion.

Mais on ne peut plus douter que l'art. 2111 ne doit point avoir d'effet pour toutes les successions ouvertes sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7, parce que ce serait donner un effet rétroactif à cet art. 2111. C'est ce qui a été jugé par deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 22 janvier 1806, l'autre du 22 septembre suivant, rapportés dans le Répertoire universel de jurisprudence, au mot ci-dessus indiqué, *Séparation de patrimoines*, § 3, n° 7. Et la question a été encore ainsi jugée en thèse par un autre arrêt de la même Cour de cassation, du 8 mai 1811. On le voit dans le Recueil de Denevers, an 1811, page 267. Il ne faut rien

moins que la crainte d'être trop long, pour nous empêcher de rapporter le dispositif de cet arrêt : nous le regardons comme un modèle de rédaction.

Cependant, en revenant sur ce qui doit être pratiqué d'après la législation actuelle, pour la conservation du privilège, il y a une autre précaution importante à prendre de la part du légataire et du créancier de la succession, en cas de vente des biens de cette succession, de la part des héritiers.

Il résulte de l'art. 834 du Code de procédure civile, que tout créancier hypothécaire, en cas d'aliénation des objets hypothéqués, et de transcription de l'acte d'aliénation, est obligé de prendre inscription, au plus tard dans la quinzaine, à compter de cette transcription.

Il est ajouté : « Il en sera de même à l'égard des créanciers ayant privilège sur des immeubles, sans préjudice des autres droits résultant au vendeur et aux héritiers, des art. 2108 et 2109 du Code civil. »

De ces termes, « des créanciers ayant privilège sur des immeubles, » on peut tirer la conséquence que la nécessité de l'inscription frappe sur le privilège dont il s'agit, en cas de vente des immeubles de la succession et de transcription de cette vente, même avant l'expiration des six mois, à compter de l'ouverture de la succession. Cet article 834 ne fait point de distinction entre les privilèges; il fait une exception pour deux cas seulement, et cette exception fait reporter tous les autres cas dans la règle.

A défaut d'inventaire, les légataires sont tenus ultra vires des dettes et legs à leur charge.

513. Il reste à examiner la question de savoir si les légataires universels, ou à titre universel, sont tenus *ultra vires* des dettes ou des legs qui sont à leur charge, à défaut d'inventaire de leur part.

L'affirmative ne peut faire de difficulté, par deux raisons décisives.

La première est que ces légataires sont, comme les héritiers, de véritables successeurs à titre universel. Dans l'ancienne jurisprudence, cette proposition souffrait quelques

difficultés en théorie, d'après les lois romaines, suivant lesquelles on pouvait soutenir qu'il n'y avait, à proprement parler, de véritables successeurs à titre universel que les héritiers. Mais, en pratique, il devenait indispensable d'assimiler ces légataires aux héritiers; la seule différence provenait de ce que les uns tenaient leur droit de la disposition de l'homme, et les autres de celle de la loi; et notre législation considère les légataires universels, ou à titre universel, comme de véritables successeurs à titre universel. Je l'ai déjà établi, n° 310, en raisonnant d'après les art. 873, 874, 875, et 876 du Code civil.

La seconde raison est que, par rapport à ces légataires, il y aurait les mêmes inconvénients que relativement aux héritiers, s'ils pouvaient abdiquer leur legs, en faisant arbitrairement raison aux créanciers des effets mobiliers qu'ils auraient retirés, puisque le titre qui constitue leur qualité ne constate point par lui-même la consistance et la valeur de ces effets. Aussi lorsque Lebrun, *Traité des Successions*, liv. 4, chapitre 2, sect. 1^{re}, n° 3, dit que le légataire universel n'est point tenu indéfiniment au delà des forces de son legs, il ajoute, *pourvu qu'il ait fait inventaire*; et ce qu'il dit du légataire universel doit avoir lieu pour les légataires à titre universel : il y a parité de motifs.

Il n'en est pas de même du donataire universel, ou à titre universel, de biens présents.

314. Mais ce que je viens de dire du légataire universel et des légataires à titre universel, ne peut s'appliquer, soit au donataire universel, soit au donataire à titre universel des biens présents par donations entre vifs; en sorte que, dans les cas où ces donataires peuvent se dégager de leurs obligations par l'abdication de la donation, ils en ont le droit, quoiqu'ils n'aient pas fait d'inventaire. D'un côté, ces donataires ne sont point des successeurs à titre universel; leur droit ne se réfère point à l'époque du décès du donateur; ils ne peuvent jamais être que des successeurs à titre singulier. D'un autre côté, il n'y a, à l'égard de ces donataires, aucun inconvénient dans le défaut d'inventaire : on ne peut même

concevoir la nécessité de cet inventaire, dès qu'il concerne principalement le mobilier, et qu'il est suppléé à cet inventaire par l'état qui doit se trouver dans l'acte même qui fait leur titre. Le défaut d'inventaire ne pourrait être opposé qu'aux donataires contractuels universels dont il est question dans les art. 1082 et 1084 du Code, parce que ces donataires sont mis par le contrat à la place des héritiers, que leur droit se réfère à la mort du donateur, et que l'acte qui fait leur titre ne donne aucune connaissance du mobilier; en sorte que je crois pouvoir persister dans ce que j'ai dit à ce sujet dans la première partie, chap. II, sect. II, § III, n^{os} 95 et suiv.

Du mode de contribution aux dettes, de la part des légataires en usufruit.

315. Dans tout ce que j'ai dit jusqu'à présent sur les legs, j'ai supposé que ces legs portaient sur la propriété. Mais des legs peuvent être faits en usufruit; ils peuvent, comme les legs en propriété, être ou universels, ou à titre universel, ou enfin à titre particulier. Le législateur devait établir des règles particulières sur le mode de contribution aux dettes de la part de ces légataires. C'est aussi ce qu'il a fait dans la section 2^e du chapitre 1^{er} du titre du Code, concernant *l'usufruit*. Mais ces règles se trouvent en harmonie avec celles qui ont été établies au titre des *Donations et Testaments*, pour les légataires de la pleine propriété, c'est-à-dire, de la propriété avec la jouissance. La différence du mode de contribution devait seulement résulter de la différence de valeur entre la pleine propriété et l'usufruit seulement.

Ainsi l'article 612 est ainsi conçu : « L'usufruitier, ou » universel, ou à titre universel, doit contribuer avec le » propriétaire au paiement des dettes, ainsi qu'il suit :

» On estime la valeur du fonds sujet à l'usufruit; on » fixe ensuite la contribution aux dettes à raison de cette » valeur.

» Si l'usufruitier veut avancer la somme pour laquelle le » fonds doit contribuer, le capital lui en est restitué à la fin » de l'usufruit, sans aucun intérêt.

» Si l'usufruitier ne veut pas faire cette avance, le propriétaire a le choix, ou de payer cette somme, et, dans ce cas, l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit, ou de faire vendre, jusqu'à due concurrence, une portion des biens soumis à l'usufruit. »

Cette disposition est infiniment juste ; elle met fin à une foule de difficultés qui s'élevaient à ce sujet, d'après la diversité d'opinions des auteurs, dont parle Ricard, *des Donations*, partie 5^e, n° 1533. Et c'est le cas de rendre à cet auteur cette justice, que ses vues étaient conformes à la disposition de cet article du Code. Il en avait trouvé l'idée dans la loi dernière, § *Si autem æs alienum*, du Code de bon. quæ lib.

Mais on sent qu'il ne devait pas en être de même du legs fait par un testateur, d'une rente viagère ou d'une pension alimentaire, que pour les dettes. Aussi est-il dit dans l'art. 610, qu'un pareil legs doit être acquitté par le légataire universel de l'usufruit dans son intégrité, et par le légataire à titre universel de l'usufruit dans la proportion de sa jouissance, sans aucune répétition de leur part. Le legs portant sur une charge annuelle et viagère devient une charge de l'usufruit.

A l'égard du légataire en usufruit à titre particulier, il ne devait pas participer à la contribution générale des dettes, dès que la loi, au titre *des Donations et Testaments*, en affranchit le légataire particulier de la pleine propriété. Tel est aussi le résultat de l'article 611.

Il est néanmoins ajouté dans cet article : « Sauf ce qui est » dit à l'article 1020, au titre *des Donations et Testaments*. » Je m'expliquerai au numéro 318, sur les dispositions de cet article 1020.

Cette section 2^e du chapitre 1^{er} du titre de l'Usufruit, contient encore d'autres règles particulières concernant les usufruitiers. Mais leur explication n'entre pas dans mon sujet; il suffit d'y renvoyer pour ce qui concerne les usufruitiers qui tiennent leur droit en vertu de dispositions gratuites.

SECTION IV.

DE L'EXÉCUTION DES LEGS, EN CAS DE CHANGEMENTS ARRIVÉS DANS L'ÉTAT DE LA CHOSE LÉGUÉE, PAR LA VOLONTÉ, OU SANS LA VOLONTÉ DU TESTATEUR, OU EN CAS D'ERREUR SUR LA DÉSIGNATION DE L'OBJET LÉGUÉ.

De quelques difficultés sur la détermination et l'exécution des legs. — Du legs d'objets mobiliers. — De l'augmentation faite par alluvion à l'objet légué. — Du changement de la chose léguée dans sa forme et dans son nom.

516. Je passe actuellement à quelques dispositions de la loi, dont l'objet a été de faire cesser les difficultés qui, dans certains cas, se seraient élevées sur la détermination et sur l'exécution des legs.

En premier lieu, il est dit dans l'art. 1018, que la chose léguée sera délivrée avec les accessoires nécessaires, et dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du testateur.

Il y a des objets qui sont meubles sous quelques rapports, et qui néanmoins sont déclarés immeubles, parce qu'ils sont des accessoires ou des dépendances d'un immeuble; en sorte que quoique ces objets ne soient pas déclarés particulièrement dans la disposition à titre gratuit, de l'immeuble, ils ne laissent pas d'y être compris.

Or, les règles qu'on doit suivre à ce sujet sont tracées dans le chap. 1^{er} du livre 2 du Code civil.

S'il s'agit du legs d'un meuble particulier, on ne peut guères prévoir qu'il se présente des difficultés. Ce meuble doit être délivré tel qu'il est au décès du testateur.

Mais il peut s'élever des contestations lorsque le legs porte sur des objets mobiliers en masse. Selon que le testateur se sera expliqué, la disposition pourra emporter la totalité de tout ce qui, suivant la loi, sort nature de mobilier, en y comprenant même les droits incorporels mobiliers, tels que les obligations, cheptels, rentes, etc., ou elle ne portera que sur une partie de ces objets.

De même si le testateur n'a pas l'intention de faire un don universel de tout ce qui, dans sa succession, pourra être considéré comme mobilier; mais s'il veut seulement léguer les meubles ou les effets mobiliers qui se trouveront dans telle ou telle maison, suivant les termes dont il se sera servi, le legs comprendra, soit les meubles meublans, de quelque nature qu'ils soient, soit le linge de toute espèce, soit les denrées, soit l'argenterie, soit encore l'argent monnoyé; ou ce legs ne portera que sur certains de ces objets, et non sur les autres.

On voit dans plusieurs auteurs des dissertations sur cette matière, avec le récit de contestations qui se sont élevées; et ces contestations ont été décidées d'après les idées qu'on a pu se former sur la volonté du testateur, en conséquence des expressions qu'il avait employées pour exprimer cette volonté.

Le Code civil, art. 533, 534, 535 et 536, a posé à ce sujet des principes généraux dont on ne saurait trop se pénétrer. Mais il est encore aisé de sentir que, d'après la diversité des nuances qui peuvent résulter d'une différence de rédaction, même légère en apparence, le principal moyen d'éviter des difficultés sur l'exécution des intentions du testateur, consistera à s'expliquer avec toute la précision possible.

De cet article 1018, on peut tirer la conséquence, que l'augmentation faite par alluvion à l'objet légué appartient au légataire, de la même manière qu'il doit supporter les détériorations qui y ont été faites, soit par le fait du testateur, soit par des événemens qui n'ont pas dépendu de lui.

On peut même en conclure que le legs ne subsisterait pas moins, quels que fussent les changemens successifs que les objets légués eussent éprouvés, si ces objets conservent leur forme et leur nom. On peut citer pour exemple un troupeau de bestiaux, qui pourrait s'être tellement renouvelé dans l'intervalle du testament à la mort du testateur, qu'à cette dernière époque il n'existerait aucun des animaux qui formaient le troupeau lors du testament. Mais le troupeau n'existe pas moins par subrogation d'un individu à un autre.

De ce même article 1018, on peut encore tirer l'induction que si, dans l'intervalle du testament à la mort du testateur, la chose léguée a éprouvé un changement, et dans sa forme, et dans son nom, le legs ne subsisterait plus.

Ainsi on suppose que le testateur eût légué par son testament une certaine quantité de laine, et qu'ensuite il eût fait de cette laine des habits ou des tapisseries, ces habits ou ces tapisseries n'appartiendraient pas au légataire. Il en serait de même, si le legs était d'un buffet d'argent, et qu'ensuite le testateur eût détruit le buffet, et eût employé les parties dont il était composé en vaisselle plate ou en couverts; cette vaisselle ou ces couverts n'appartiendraient pas au légataire; le tout à moins d'une intention contraire manifestée de la part du testateur.

Il est bien dit, à la vérité, dans cet article 1018, que la chose léguée sera délivrée *dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du testateur*. Mais c'est toujours la chose léguée qui doit être délivrée. Or, dans les cas que je viens de supposer, la chose léguée n'existe plus, dès que sa forme et son nom ont disparu.

Des acquisitions ajoutées à l'immeuble légué. — Des embellissemens, constructions et autres objets. — La disposition de la loi à cet égard est-elle applicable au cas de la donation avec réserve d'usufruit?

317. En second lieu, lorsque celui qui a légué la propriété d'un immeuble l'a ensuite augmenté par des acquisitions, ces acquisitions fussent-elles contiguës, ne seront pas censées, sans une nouvelle disposition, faire partie du legs.

Il en sera autrement des embellissemens, ou des constructions nouvelles faites sur le fonds légué, ou d'un enclos dont le testateur aurait augmenté l'enceinte. Art. 1019.

Quelques jurisconsultes ont pensé que la disposition de la seconde partie de cet article devait s'appliquer au cas de la donation faite avec réserve d'usufruit. Mais l'induction du cas du legs à la donation n'est pas sûre, au moins en ce

qui concerne l'augmentation de l'enceinte d'un enclos. En voici la raison.

Lorsqu'il s'agit d'un legs, lors même qu'après le testament le testateur augmente l'enceinte de l'enclos légué, s'il ne fait aucun changement à ses dispositions, il se présume naturellement qu'il entend que le légataire ait l'objet en l'état où il sera au décès. L'effet et la vigueur du titre du légataire ne se déterminent qu'au décès du testateur; et ce titre s'applique à l'état de la chose léguée à cette époque.

Mais on ne peut faire le même raisonnement, et cette présomption cesse, lorsqu'il s'agit d'une donation entre vifs avec réserve d'usufruit. Dans ce cas, la consommation de tout le droit que peut avoir le donataire s'opère dès l'instant de la donation. Cet acte a saisi le donataire dès qu'il a été fait. Le donataire n'a jamais pu réclamer que ce qui a été compris dans la donation. Il n'y a point pour lui la présomption qui se tire, dans le cas du legs, du silence du testateur jusqu'à sa mort, époque à laquelle le testament prend son effet. On peut dire, dans le cas de la donation, que si le donateur a compris dans l'enceinte de l'enclos l'objet acquis postérieurement à la donation, c'est par son agrément personnel. Mais de même qu'il pouvait rétablir les lieux dans leur ancien état, en laissant ce qui était donné, de même ses héritiers peuvent réclamer le même droit.

Ainsi, pour que l'objet ajouté après la donation appartienne incontestablement au donataire, il paraît qu'il faut une nouvelle disposition. On pourrait dire encore, toujours dans le cas de la donation, qu'il doit y avoir une nouvelle disposition, même pour les constructions nouvelles faites sur l'objet compris dans la donation avec réserve d'usufruit; car dès que le donataire peut être réduit à ce que la donation lui a assuré, les héritiers du donateur pourraient réclamer le même droit qu'il avait d'enlever les matériaux, et de laisser les lieux dans l'état où ils étaient lors de la donation.

Du cas où la chose léguée a été hypothéquée pour une dette de la succession ou d'un tiers, et où elle grevée d'un usufruit. — Deux opinions différentes sur ce point. — Dans tous les cas, le légataire particulier, obligé de payer par la force de l'hypothèque, a son recours.

518. En troisième lieu, si avant le testament, ou depuis, la chose léguée a été hypothéquée pour une dette de la succession, ou même pour la dette d'un tiers, ou si elle est grevée d'un usufruit, celui qui doit acquitter le legs n'est point tenu de la dégager, à moins qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition expresse du testateur. Art. 1020.

Cet article 1020 a donné lieu à des difficultés. Quelques-uns des jurisconsultes qui ont écrit sur ce sujet, ont dit qu'il y avait une véritable antinomie entre cet article et l'article 874, qui est ainsi conçu : « Le légataire particulier qui a » acquitté la dette dont l'immeuble légué était grevé, de- » meure subrogé au droit du créancier contre les héritiers » et successeurs à titre universel. » Ces mêmes jurisconsultes ont cru qu'il s'agissait dans cet article 1020, de la charge imposée au légataire particulier, de payer la dette à laquelle l'héritage légué aurait été hypothéqué, à moins que celui qui devait acquitter le legs, n'eût été expressément chargé de payer la dette, par une disposition du testateur. Mais, sous ce point de vue, comme il y a évidemment une contradiction entre cet article 1020 et l'art. 874, et ces jurisconsultes ne pouvant eux-mêmes expliquer cette contradiction, on sent qu'ils ont été dans l'impossibilité de donner une solution satisfaisante.

La vérité est, qu'il n'y a point d'antinomie ; que l'article 1020 contient seulement une exception aux articles précédens, en sorte que tous ces articles se concilient parfaitement.

Mais, même sous ce rapport, il s'est formé deux opinions différentes sur la nature de l'exception établie par cet art. 1020 ; et ce qui a donné lieu à ces deux différentes manières de l'entendre, c'est que l'art. n'ayant probablement présenté aucune difficulté dans l'esprit des auteurs de la loi, on n'a

pas cru devoir prendre des précautions pour en fixer le véritable sens par l'addition de quelque expression qui l'aurait indiqué, et que, par la même raison, on n'est point aidé à cet égard par la discussion du Conseil d'état.

Il n'est pas inutile d'exposer ces deux opinions diverses.

La première consiste à dire qu'il a bien été dans l'esprit de la loi que le légataire particulier ne fût point tenu des dettes de la succession; que telle est la volonté présumée du testateur; que cette présomption ne doit céder qu'à une intention contraire qui aurait été manifestée; que cet affranchissement des dettes, à l'égard du légataire particulier, résulte évidemment des art. 870, 871, 873, 874, 1009, 1012, 1013 et 1024;

Mais que, lorsque la loi a voulu cet affranchissement des dettes, et qu'elle en a réservé l'acquittement sur les héritiers ou les légataires universels, ou à titre universel, elle a eu en vue le cas d'une contribution générale aux dettes, de la part de tous ceux qui participent à la succession, en les y assujettissant proportionnellement à l'émolument de chacun. Elle a entendu les dettes qui portaient en masse sur la succession, soit qu'elles fussent simplement chirographaires, soit qu'elles emportassent hypothèque, en s'occupant principalement d'une généralité d'hypothèques, comme pour les créances constituées avant la loi du 11 brumaire an 7, ou pour les hypothèques légales établies par la législation actuelle; en faisant, en un mot, abstraction d'une affectation spéciale d'hypothèque sur l'objet particulièrement légué.

Mais ce n'est pas ce dont il s'agit dans l'article 1020. Le législateur paraît s'y être seulement occupé d'hypothèques spécialement affectées sur l'objet légué. Alors il a cru devoir établir une exception à la règle générale de l'affranchissement des dettes, déjà prononcé par les articles précédens. Quoiqu'une hypothèque créée avec affectation spéciale sur un fonds, ne puisse être regardée, dans le principe général, comme une charge réelle, car elle ne laisse pas d'être une dette personnelle à celui qui l'a constituée, néanmoins le législateur présume que, dans l'idée du testateur, cette hypothèque spéciale était assimilée à une charge réelle, parce

que le fonds légué était devenu le gage particulier de la créance constituée sous cette hypothèque. Aussi est-ce dans le même article que le législateur a placé la charge d'un usufruit dont le fonds légué serait grevé; ce qui est certainement une charge réelle.

En prenant l'article 1020 dans ce sens, disent toujours ceux qui soutiennent cette opinion, il se concilie parfaitement avec tous les autres articles relatifs à l'affranchissement des dettes à l'égard du légataire particulier.

En effet, il est hors de doute que, suivant ces articles, le fonds légué particulièrement peut être sujet aux hypothèques, puisque le législateur le suppose, et que ne pouvant détruire cette hypothèque, il accorde au légataire particulier, qui est obligé de payer par la force de l'hypothèque, un recours contre les héritiers ou légataires universels, ou à titre universel. Or, on ne peut supposer que dans l'art. 1020 le législateur ait voulu déroger à cette règle, tant de fois prescrite par les articles précédens. Il ne peut y être question que d'une exception à cette règle; et cette exception ne peut se trouver que dans le cas d'une hypothèque spécialement créée sur le fonds particulièrement légué, dont le légataire ne peut demander la libération, à moins d'une disposition expresse dans le testament.

Au surplus, cette disposition correspond parfaitement avec une idée très-judicieuse qui avait été donnée par Ricard, *des Donations*, partie 5^e, n^o 290. Cet auteur sentait la différence qu'il y avait à faire entre les charges personnelles et les charges réelles. En rejetant les distinctions que faisaient les lois romaines à ce sujet, et par cela seul que parmi nous les hypothèques n'étaient point, à proprement parler, spéciales, comme il y en avait dans le droit romain, et qu'elles devaient toujours être à la charge de la succession, il disait : « J'estime que sans nous arrêter à ces distinctions, l'héritier » est tenu de toutes les obligations personnelles, et d'en » décharger les héritages qui y sont hypothéqués, dont le » testateur a disposé au profit des légataires particuliers. »

Ainsi, de même que s'il y eût eu autrefois des hypothèques spéciales, telles que celles qui existent sous notre lé-

gislation actuelle, Ricard aurait été enclin à en charger le légataire particulier, à moins d'une disposition contraire contenue dans le testament, de même aussi il y a lieu de croire que, sous notre législation, le législateur en a chargé le légataire particulier, en les assimilant, sous ce rapport, aux charges réelles, mais en laissant subsister, relativement à ce légataire particulier, le principe de l'affranchissement des dettes autres que celles auxquelles l'immeuble légué est spécialement affecté avec hypothèque.

On ajoute que la discussion du Conseil d'état sur l'article devenu le 81^e, *séance du 23 nivôse an 11*, tome 2, pag. 301, apprend que M. Tronchet émit une opinion absolument fondée sur le raisonnement que faisait Ricard. « Le testateur, disait-il, est censé avoir légué la chose dans l'état » où elle se trouvait. L'hypothèque *spéciale* est comme une » charge foncière inhérente à l'immeuble, et qui le dimi- » nue. La perte doit naturellement tomber sur le légataire ; » car si l'immeuble était grevé avant le testament, le tes- » tateur l'a su ; si depuis, le testateur l'a voulu. » Qu'à la vérité, il paraît que lors de la discussion sur cet article 871 M. Tronchet abandonna le principe qu'il avait avancé, mais que cependant on a lieu de croire que, lors de l'art. 1020, on est revenu à cette idée.

La seconde opinion consiste à s'en tenir à la règle que le légataire particulier n'est tenu, dans aucun cas, tant qu'il y a ou un légataire universel, ou des légataires à titre universel, ou des héritiers, au paiement des dettes, même de celles qui auraient été constituées avec affectation spéciale sur les objets particulièrement légués. Or, cette opinion est sans contredit celle qu'on doit adopter. La loi n'établit aucune différence à ce sujet, d'après tous les articles ci-dessus cités.

L'article 1020 ne fait point d'exception à cet égard. Il faut bien saisir le sens du mot *dégager*. Le législateur a prévu un cas qui arrive souvent, celui où une hypothèque serait établie pour une créance, ou éventuelle ou conditionnelle, ou payable à une époque éloignée ; et il a voulu que, dans ce cas, celui qui devait acquitter le legs, ne fût

point obligé de dégager la chose léguée, en prenant des mesures pour procurer au légataire l'avantage de jouir de cette chose léguée, sans les entraves de l'hypothèque, lorsque le légataire demanderait la délivrance de son legs, à moins que le testateur ne l'eût ainsi voulu. Car cet art. 1020 a principalement trait à ce que doit faire celui qui doit acquitter le legs lors de cette délivrance : et ce que le législateur a voulu dans ce cas, il l'a également voulu dans le cas où la chose léguée aurait été chargée d'un usufruit envers un autre. Cet usufruit est une charge réelle qui suit de droit la chose qui y est affectée.

Mais il y a cette différence essentielle entre le cas où l'objet légué est grevé d'un usufruit, et celui où il est grevé d'une hypothèque. Au premier cas, l'usufruit est une charge naturelle du legs, comme on vient de le dire. Au second cas, le paiement de la dette est toujours à la charge de celui qui doit acquitter le legs. Seulement il n'est point obligé de dégager la chose léguée, de l'hypothèque, avant l'époque du paiement, ou avant l'événement qui doit en opérer l'extinction.

Ainsi, dans tous les cas, à moins qu'il n'y ait une volonté contraire de la part du testateur, le légataire particulier n'est point obligé de contribuer au paiement des dettes ; et s'il est obligé de payer par la force de l'hypothèque, il a son recours contre les héritiers, ou contre les autres successeurs, ou universels, ou à titre universel.

C'est dans ce sens que la Cour de cassation, en présentant ses observations sur le premier projet du Code civil, p. 380, avait entendu cet art. 1020, qui était le 113^e du projet. Cette Cour était d'avis d'y ajouter, « sauf le recours du légataire » contre l'héritier, en cas que ce légataire fût obligé de » payer la dette hypothécaire, ou de déguerpir. » Si dans la suite on n'a point fait cette addition, ce ne peut être que parce qu'on l'a regardée comme inutile, d'après les articles ci-dessus cités, et notamment l'article 874.

Il y a plus, c'est que je pense que ce qui vient d'être dit, doit avoir lieu, sans avoir égard aux distinctions que faisait Ricard à ce sujet, *des Donat.*, 3^e partie, n^o 289. Cet auteur

établit bien la règle que le légataire particulier devait être acquitté par l'héritier de la dette à laquelle l'héritage légué était affecté; mais il subordonnait cette règle à la connaissance que le testateur devait avoir de la dette; en sorte que s'il l'eût ignorée, le légataire en aurait été tenu. Cependant il y avait deux cas dans lesquels le légataire n'aurait pas été obligé de supporter la dette, quand même le testateur l'aurait ignorée. Cela eût été, 1° si le legs était fait à un proche parent du testateur; 2° si la dette pour laquelle la chose léguée eût été obligée, étant déduite, le legs se réduisait à rien. Cet auteur se fondait à cet égard sur les lois romaines, et les mêmes idées sont développées par Vinnius, sur le § *sed et si rem*, aux Institutes, de *legatis*.

Mais, sous notre législation actuelle, on ne doit point s'arrêter à toutes ces distinctions, parce qu'elle ne les fait pas. Les dettes sont de droit une charge des héritiers, ou autres successeurs universels, qui représentent le défunt. Voilà le principe. Le légataire particulier n'en est tenu que par exception, c'est-à-dire, dans le cas seulement où le défunt en a manifesté la volonté.

Il en est du légataire particulier en usufruit, comme du légataire particulier en pleine propriété, d'après l'article 611. Il y est ajouté, « sauf ce qui est dit à l'article 1020, au titre *des donations et testaments*. »

Mais il ne saurait résulter de ces expressions une dérogation à la règle que le légataire à titre particulier n'est point tenu au paiement des dettes. Le législateur a seulement voulu, par là, fixer l'attention sur ce qui devait avoir lieu, si la propriété de l'objet particulier, grevé de cet usufruit, était léguée à un tiers.

Du legs de la chose d'autrui.

319. En quatrième lieu, lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait su qu'elle ne lui appartenait pas, soit qu'il l'ait ignoré. Art. 1021.

Cet article fait cesser de grandes difficultés qui s'éle-

vaient sur la validité du legs, lorsque la chose léguée n'appartenait pas au testateur. On tenait, dans l'ancienne législation, que le legs était nul lorsque le testateur avait cru que la chose léguée lui appartenait, et que c'était seulement lorsqu'il avait la connaissance que la chose qu'il léguait appartenait à autrui, connaissance qui devait être bien prouvée de la part du légataire, que le legs était valable, en ce sens que l'héritier devait l'acheter pour le légataire, ou lui en payer la valeur, si l'achat en devenait impossible. On peut consulter à ce sujet Ricard, *des Donations*, part. 3^e, n^o 291 et suiv. Il explique cette jurisprudence, qui prenait son principe dans la disposition des lois romaines. Cette jurisprudence était liée à celle qui avait lieu; d'après les mêmes lois, relativement à la vente. On pouvait vendre la chose d'autrui, au moins dans le sens qu'on était garant de la vente, et que si le vendeur ne pouvait délivrer la chose vendue, il devait des dommages et intérêts à l'acquéreur.

Mais notre législation ayant réformé cette ancienne jurisprudence, relativement à la vente, ainsi qu'on peut le voir dans l'art. 1599 du Code, ce qui était revenir à des idées plus saines et plus morales, il était dans l'ordre qu'il en fût de même pour le legs.

Du legs d'une chose indéterminée.

320. En cinquième lieu, lorsque le legs sera d'une chose indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner de la meilleure qualité, et il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise. Art. 1022.

Ainsi, si quelqu'un léguait un de ses chevaux sans le désigner, l'héritier ne serait pas tenu de livrer le meilleur; mais il ne pourrait pas offrir le plus mauvais.

De même, si le legs était d'une certaine quantité de terre, le légataire ne serait pas fondé à demander cette quantité de la meilleure qualité; mais on ne pourrait pas non plus la lui donner de la plus mauvaise.

Le législateur a dû prévoir un legs de cette manière, parce qu'il est possible, et qu'on en a vu plusieurs exem-

ples. On sent, au premier aperçu, la justice de sa décision. On en trouve une semblable dans la loi 37, ff. *de leg. et fideic.* 1° *Legato generaliter relicto, veluti hominis, Gaius Cassius scribit, id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur.* Mais on comprend aussi qu'il est sage de ne pas laisser une pareille indétermination dans le legs, parce qu'il peut en résulter des contestations, et qu'une expertise peut devenir nécessaire.

Du legs fait au créancier et au domestique.

321. En sixième lieu, le legs fait au créancier ne sera pas censé en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique en compensation de ses gages. Art. 1023.

De la caducité du legs. — Du retard dans la délivrance, et du cas où la chose léguée n'a pas péri en totalité.

322. Enfin, dans l'art. 1042, le législateur prononce, sous le titre de caducité, l'anéantissement du legs, si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur.

Il y ajoute qu'il en sera de même, si la chose a péri depuis la mort du testateur, sans le fait et la faute de l'héritier, quoique celui-ci ait été mis en retard de la délivrer, lorsqu'elle eût également dû périr entre les mains du légataire.

A l'égard de la disposition de la seconde partie de cet article, elle se trouve en harmonie avec les principes consignés sous la section 2^e du chapitre 3^e du titre du Code, *des contrats et obligations*. Elle est surtout corrélatrice à l'article 1138, qui se trouve dans cette section, où il est dit que l'obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la délivrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

Mais, dans cette seconde partie de l'article 1042, le législateur a ajouté une disposition essentielle et infiniment juste. Il a supposé que celui qui devait délivrer la chose léguée eût été mis en retard de faire cette délivrance, et cependant il a voulu que, dans ce cas même, la perte no

retombât pas sur lui, si la chose léguée eût également dû périr entre les mains du légataire. On ne pouvait imputer à celui qui devait faire la délivrance, une perte qui devait arriver nécessairement et dans tous les cas. *Res perit domino.*

Par rapport à la première partie du même art. 1042, il résulte de ces expressions, *si la chose léguée a totalement péri*, que s'il en reste quelque chose, ce restant appartient au légataire.

Ainsi, en supposant qu'une maison eût été léguée, si elle s'écroule, tout ce qui en reste, c'est-à-dire le sol et les matériaux qui seraient demeurés sur la place, devrait revenir au légataire. On croit pouvoir dire encore que si le testateur reconstruisait la maison, elle appartiendrait également au légataire.

Ces cas et quelques autres semblables, tels que ceux sur lesquels je me suis déjà expliqué, au n^o 516, en rappelant les dispositions de l'article 1018, c'est-à-dire, lorsque la chose léguée subit des changemens dans sa forme, ont donné lieu à des difficultés sérieuses; d'après les dispositions de diverses lois romaines. Ces difficultés ont fortement exercé la sagacité de l'érudition de Ricard, *des Donations*, partie 3^e, n^{os} 357 et suiv. Malgré les efforts que cet auteur a faits pour concilier toutes ces lois, il laisse à douter s'il a pu y parvenir.

Mais aujourd'hui ces difficultés ne peuvent être les mêmes. Les dispositions des articles du Code, que je viens de rappeler, ont eu pour objet d'en faciliter la solution; et le meilleur moyen d'y parvenir, est de s'éloigner le moins possible de la lettre de ces articles, afin d'éviter l'arbitraire.

Du cas où le testateur a vendu ou échangé la chose léguée, ou en a été dépossédé par expropriation ou éviction. — Quid, si l'éviction a eu lieu contre le légataire? — Le légataire n'a aucune action en recours. — De la réception d'une créance léguée.

325. C'est encore pour diminuer le nombre des difficultés qui pouvaient s'élever, qu'il a été dit dans l'article 1058

du Code, que « toute aliénation, celle même par vente avec faculté de rachat, ou par échange, que fera le testateur de tout ou de partie de la chose léguée, emportera la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l'aliénation postérieure soit nulle, et que l'objet soit rentré dans la main du testateur. »

Suivant l'esprit de cet article, l'aliénation de la part du testateur fait supposer l'intention de révoquer le legs. Mais il y aurait aussi raison de se décider pour l'extinction du legs, dans le cas où le testateur aurait été forcé de vendre, ou s'il eût été dépossédé, soit par expropriation, soit par éviction; et je ne crois pas que ce soit actuellement le cas d'adopter l'opinion de quelques auteurs, fondée sur les dispositions de certaines lois romaines, qui pensaient que dans ces cas le légataire pouvait réclamer la valeur de la chose léguée. Cette opinion était d'autant plus incertaine, que, suivant ces lois, il fallait toujours en venir à examiner quelle avait pu être l'intention du testateur. Il est plus sûr de s'en tenir à ce principe, que le legs est éteint lorsque la chose léguée ne subsiste plus. Cela résulte de la combinaison de cet art. 1038 avec l'art. 1018, et du silence de la loi sur ces cas particuliers.

L'application de l'opinion de l'extinction du legs paraît la plus sûre, même quoique dans le cas de l'éviction que le testateur aurait subie, il lui fût resté une action en restitution de quelque somme ou de dommages-intérêts. Il est toujours vrai que dans ce cas la chose léguée n'existe plus; et il serait trop dangereux d'appliquer à cette matière la règle, *subrogatum sapit naturam subrogati*. L'événement de l'éviction, quoiqu'il reste une action, jette une incertitude sur la volonté du testateur : c'était à lui à la manifester après cet événement.

Mais si l'éviction était arrivée après la mort du testateur, contre le légataire, alors il est sans difficulté que l'action qui résulterait de l'éviction, en restitution d'une somme ou en dommages-intérêts, appartiendrait au légataire. Dans ce cas, le legs a été consommé par la mort du testateur, qui était en possession de la chose léguée, et il a transmis

au légataire, quoique successeur à titre singulier seulement, tous les droits quelconques qu'il avait, à raison de la chose qu'il possédait.

Mais il est bien entendu que le légataire, dans ce cas même, n'a aucune action en recours contre la succession du testateur. L'exercice d'un bienfait ne peut jamais être le principe d'une action en garantie, ainsi que je l'ai observé dans la première partie, relativement à la donation. La loi 62, ff. *de ædilitio edicto*, y est précise : *Ne eo casu liberalitatis suæ donator pœnam patiatur*. Le légataire n'aurait même pas de recours pour les dépenses qu'il aurait faites afin de conserver la chose léguée.

On peut tirer du même article 1038, ainsi que de quelques-uns de ceux qui ont été précédemment cités, la conséquence que s'il s'agit du legs d'une créance qui ait été touchée par le testateur, le legs est éteint, soit que la réception ait été volontaire, soit qu'elle ait été forcée. Mais s'il n'avait été payé qu'une partie de la créance, le legs subsisterait pour ce qui en serait dû au décès du testateur.

Au surplus, on sent combien il sera prudent, de la part de tout testateur qui sera dans quelqu'un des cas dont il vient d'être parlé, d'expliquer ses intentions par une nouvelle disposition; car les contestations ne peuvent dériver que de ce que, dans ces cas, il s'élève plusieurs présomptions opposées sur la volonté du disposant.

De l'erreur commise par le testateur, soit dans la démonstration de la chose léguée ou de la personne du légataire, soit dans l'énonciation de la cause du legs. — Renvoi à des autorités sur l'interprétation des volontés des défunts.

324. Il peut s'élever encore beaucoup d'autres difficultés sur l'exécution des legs. Elles ont lieu surtout si le testateur a commis quelque erreur, soit dans la démonstration ou la désignation de la chose léguée, ou de la personne du légataire, soit dans l'énonciation de la cause impulsive du legs.

Je me contenterai de dire qu'à l'égard de l'erreur dans la démonstration ou désignation de la chose léguée, ou de la personne du légataire, cette erreur est sans conséquence

toutes les fois qu'il n'y a point de doute sur la détermination de la chose léguée, ni sur l'application de la personne à laquelle le legs est fait; et par rapport à une erreur dans l'énonciation des motifs qui portent le testateur à faire le legs, cette erreur est aussi indifférente, toutes les fois que le motif énoncé ne rend pas la disposition conditionnelle, ou qu'il ne paraît pas que dans l'intention du testateur le legs n'aurait pas eu lieu sans l'existence réelle de la cause qu'il a donnée, ou du fait sur lequel il s'est mépris. Voyez les § 29, 30 et 31 du tit. 20 du liv. 2 des Inst. de Justinien. *Falsa causa non vitiat legatum.*

Les questions qui peuvent naître à ce sujet, et tant d'autres sur lesquelles je m'abstiens de m'expliquer, rentrent dans l'interprétation des volontés des défunts. Or, on pourrait écrire des volumes sur cette matière, qui tient entièrement aux conjectures, à toutes les hypothèses qu'on peut se faire, et dont la plupart sont ordinairement inutiles, soit parce qu'on prévoit des cas qui n'arrivent pas, ou qui se présentent très-rarement, soit parce que, quelque nombreux que soient ceux que l'on peut prévoir, il s'en présente toujours de nouveaux, qui tiennent aux différentes manières de s'exprimer, lesquelles varient à l'infini. Un ouvrage élémentaire n'est point susceptible de tous ces détails. Je me borne aux questions les plus usuelles, et dont la solution tient plus particulièrement au développement des règles tracées dans le Code civil. Lorsqu'il se présentera des difficultés à ce sujet, dont la solution pourrait ne pas se trouver dans les dispositions du Code, on pourra consulter Ricard, *des Donations*, partie 3^e, chapitre 3, sect. 3; Furgole, *des Testaments*, chapitre 5, sect. 4, et chap. 7, sect. 3; le Recueil de jurisprudence de Lacombe, qui, au mot *Legs*, contient le résumé d'un très-grand nombre de lois et d'opinions d'auteurs; et le chap. 7 du *Traité des Donations testamentaires*, de Pothier. Mais on ne verra nulle part rien d'aussi méthodiquement et d'aussi sagement écrit sur cette matière, que ce qui l'a été par Domat, *Lois civiles*, liv. 3, tit. 1^{er}, sect. 6, 7 et 8.

SECTION V.

LA RÉCEPTION QUI AURAIT ÉTÉ FAITE D'UN LEGS, EMPÊCHE-T-ELLE, OU NON, D'ATTAQUER LE TESTAMENT ?

Du paiement ou de la réception d'un legs, résulte-t-il une approbation du testament, telle que celui qui a reçu ou payé le legs ne puisse plus l'attaquer ? — Trois différens cas à distinguer. — Dissertation sur cette matière.

325. Je terminerai ce chapitre par l'examen d'une question qui est restée avec toutes ses épines sous la législation actuelle. Cette question consiste à savoir si du paiement ou de la réception d'un legs de la part de celui qui, abstraction faite du testament, et comme héritier *ab intestat*, aurait eu droit à l'hérédité, il résulte une approbation de ce testament, telle que celui qui a payé ou reçu le legs ne puisse plus dans la suite l'attaquer.

On sent bien que je n'entends parler que de ce qui s'est fait après la mort du testateur, parce qu'il est sans difficulté que toute approbation quelconque donnée du vivant du testateur, comme du vivant du donateur, s'il s'agissait d'une donation, serait absolument sans effet. Le consentement du donataire ou de l'héritier serait alors réputé avoir été extorqué; il serait censé avoir été donné uniquement pour ne pas désobliger le donateur ou le testateur, *ne pejus faceret*.

La question que je viens d'annoncer porte sur trois différens cas qu'il faut bien distinguer, parce qu'ils sont susceptibles d'une application de règles différentes.

Le premier cas, est celui où l'on prétendrait invoquer l'approbation du testament, contre la personne qui aurait un droit supérieur au legs qu'elle aurait reçu, tel qu'un droit de réserve.

Le second, est celui où l'on voudrait, au moyen de l'approbation, résister à une réclamation qui aurait lieu après le paiement ou la réception du legs, à raison d'un faux qui aurait été découvert contre le testament.

Le troisième a trait à une nullité qu'il s'agirait d'opposer contre le testament, après le paiement ou la réception du legs.

Je dois prévenir que cette question a été traitée sous tous ces rapports, indépendamment des anciens docteurs, du nombre desquels est Cujas, par trois auteurs infiniment versés dans la jurisprudence française, qui sont, Ricard, *des Donations*, 3^e partie, n^{os} 1552 et suiv.; Furgole, *des Testamens*, chapitre 6, sect. 3, n^{os} 130 et suiv.; et Chabrol, sur l'article 30 du titre 12 de la Coutume d'Auvergne. Tous ces auteurs n'ont point eu une opinion uniforme sur tous les points de difficulté qui se présentent. En les lisant, on a la conviction que cette diversité d'avis résulte de ce qu'ils ont entendu, chacun dans un sens particulier, des lois romaines, qui, en cette partie, présentent des obscurités, on peut même dire des contradictions, d'après lesquelles il devenait très-difficile de les concilier.

On sait que, surtout relativement à la matière des testamens, les réponses des anciens jurisconsultes romains, qui étaient autant de décisions qu'ils donnaient sur des espèces qui variaient selon les circonstances, ont été recueillies comme lois par Tribonien, malgré les contrariétés qu'elles présentaient, et souvent dans un même titre du corps du droit.

Mais sans rentrer dans des routes où des jurisconsultes aussi habiles n'ont trouvé que des écueils, et en se guidant par des principes simples et élémentaires, on peut parvenir aux solutions qu'on désire.

A l'égard de la première hypothèse, c'est-à-dire, du cas où il s'agirait d'écarter la réclamation de celui auquel la loi déférerait un droit supérieur au legs qui lui aurait été fait, parce qu'il aurait reçu ce legs, on peut partir d'un principe qui paraît incontestable; c'est que celui qui est saisi par la loi d'un droit à une hérédité, ne peut en être privé que par une renonciation précise, ou par une vente. Les libéralités ne se supposent pas; elles doivent être établies. Ainsi, en recevant simplement le legs, c'est une quittance sur ce qu'on peut réclamer; mais l'action en supplément ne laisse pas de subsister.

Les lois romaines ne présentaient pas sur ce point les mêmes difficultés que sur les autres dont j'ai parlé; et d'après ces lois, celui qui avait un droit de légitime, auquel on peut

comparer la réserve établie par notre législation, ne pouvait plus à la vérité attaquer de nullité le testament pour cause d'inofficiofité, c'est-à-dire, lorsque la légitime ne lui avait pas été laissée avec l'institution d'héritier particulier, nullité qui n'a plus lieu aujourd'hui; cela résultait de la loi *Parentibus*, au Code de *inofficioso testamento*; mais il pouvait toujours réclamer le supplément jusqu'à concurrence de toute sa réserve. Telle était la disposition de la loi 55, *Si quando*, § *et generaliter*, au même titre du Code. Il fallait, suivant cette loi, que le légitimaire eût expressément déclaré qu'il était satisfait de ce qu'il avait reçu, et qu'il entendait ne plus rien demander. *Nisi hoc specialiter, sive in apochâ, sive in transactione scripserit, vel pactus fuerit, quod contentus relictâ vel datâ parte, de eo quod deest nullam habeat quæstionem, tunc enim omni exclusâ querelâ paternum amplecti compellitur iudicium.*

Quelques auteurs ont appliqué à ce cas la disposition de l'article 50 du titre 12 de la Coutume d'Auvergne. Furgole lui-même se l'est opposé, en examinant la question de savoir si le paiement ou la réception d'un legs empêchait de demander ensuite la nullité du testament.

Mais ces deux applications étaient également defectueuses. Il ne résultait autre chose de cet article, si ce n'est que l'héritier légitime, au préjudice duquel on ne pouvait disposer par testament que du quart, ne pouvait plus, après le paiement ou la réception d'un legs, ou *après avoir autrement agréé en aucune partie le testament, s'aider de la réduction au quart*. Les trois quarts dont on ne pouvait priver l'héritier par des dispositions testamentaires, étaient bien ce que l'on appelait une *réserve coutumière*; mais une pareille réserve ne pouvait être comparée, ni à la légitime, ni aux réserves établies par notre législation, qu'on peut assimiler à la légitime. D'ailleurs cet article, qui a été de tous les temps la matière de grandes difficultés, ne peut actuellement, sous aucun rapport, être considéré comme loi.

Il n'est pas inutile de remarquer que, d'après l'opinion de quelques auteurs, fondée sur des inductions tirées de certaines lois romaines, on jugeait dans quelques tribunaux

que celui qui avait un droit de légitime, et qui avait reçu le legs qui lui avait été fait, était obligé de prendre son supplément en argent, sur le pied de la valeur des biens à l'époque de la quittance. On considérerait la réception du legs, ou, ce qui revenait au même, de la légitime conventionnelle, sinon comme une renonciation au supplément, au moins comme une vente de la portion légitimaire, sauf le supplément du prix. On peut consulter, à ce sujet, Henrys, tom. 3, suite du liv. 5, quest. 99, pag. 487, et ce qu'en a dit Bretonnier, à la suite. On y voit, ou à peu près, les opinions de tous les auteurs qui s'en sont expliqués.

Il est encore à propos de connaître l'opinion de Lebrun, *Traité des Successions*, liv. 2, chap. 3, sect. 10; et de Cambolas, liv. 4, chap. 35.

Mais tous ces auteurs présentent le tableau d'une jurisprudence peu stable. Nous ne serions pas étonnés qu'on n'y vît que des subtilités. Une action en partage, fondée sur un droit aussi sacré que la réserve, qui porte essentiellement sur la substance de la succession qui en est grevée, subsiste toujours tant qu'on n'y a pas renoncé, en rapportant ou restituant ce qu'on a reçu. On peut n'avoir pas d'abord connu les forces de la succession; et une exclusion du droit qu'on ferait résulter de la réception d'un legs, serait souvent le résultat d'une surprise. Il faut donc une renonciation en connaissance de cause, à tout droit de réserve et de supplément, et par forme de vente ou de traité. Mais, au moins, cette réflexion doit faire sentir combien il est important, pour le repos des familles, que l'on fasse avec des individus qui auraient un droit de réserve, et auxquels le défunt aurait fait des legs, même pour en tenir lieu, des transactions tellement précises, qu'on puisse jouir, et de plus disposer des biens de la succession, sans craindre à l'avenir des recherches.

Quant à la seconde hypothèse, qui a trait au cas où il s'agirait de la découverte d'un faux dans le testament, il ne peut y avoir de difficulté, et là-dessus les auteurs sont d'accord.

Il n'y a pas de doute, dit Chabrol, qu'en quelque temps qu'on fasse la découverte du faux, elle met en droit de re-

venir sur ce qui a été fait : c'est un principe que le faux ne se couvre jamais, à moins qu'il n'ait été proposé, et qu'en connaissance de cause on ne s'en soit départi.

Il en serait de même du cas où, après l'approbation du testament, qu'on voudrait faire résulter du paiement ou de la réception d'un legs, on découvrirait un testament qui dérogerait au premier.

Enfin, par rapport à la troisième hypothèse, qui concerne le cas où il s'agirait d'une réclamation postérieure au paiement ou à la réception du legs, fondée sur une nullité du testament, il y a plus de difficulté.

Il est bien entendu qu'on suppose que l'approbation a été donnée par un individu qui eût capacité ; car, sans cela, il n'y aurait point de question. Il n'y a pas de différence entre une approbation nulle et une approbation qui n'existe pas : on suppose encore que le testament a été connu. Les auteurs disent, en pareil cas, *cognitis perspectisque verbis testamenti*.

Ricard s'est décidé par une distinction entre les nullités apparentes et les nullités cachées : il admet la réclamation pour les dernières, et il l'exclut pour les premières. Chabrol incline pour cette distinction ; mais Furgole ne l'admet point. « Ainsi, dit-il, au n° 140, on doit tenir sans distinction que la réception du legs ne doit jamais exclure, ni de plein droit, ni par voie d'exception, les héritiers *ab intestat* de la faculté de faire valoir la nullité du testament, soit qu'ils aient erré en fait ou en droit. » Et au n° 142 : « L'héritier institué dans un testament nul, et ainsi approuvé, ne peut être saisi de l'hérédité, et devenir propriétaire des biens que par un transport fait en sa faveur par les successeurs *ab intestat*, soit par une transaction expresse, ou par quelque autre acte translatif du droit des successeurs *ab intestat*. »

Pour parvenir à une solution, il ne faudra pas se livrer à une discussion aussi pénible que celle qui a occupé les auteurs que je viens de citer, si on revient à quelques principes également simples, et si on saisit l'esprit qui s'est manifesté à ce sujet dans le Code civil.

On conviendra sans doute qu'il est à propos d'étouffer, autant qu'il est possible, le germe des procès; que par conséquent, lorsque des actes ont été exécutés volontairement par ceux qui avaient droit de les attaquer à raison de quelques moyens de nullité, toute réclamation doit être interdite. On sent tout l'inconvénient qu'il y aurait que le repos des familles pût être troublé pendant un grand nombre d'années, et que pendant ce temps les propriétés fussent flottantes et incertaines.

Cependant, il est encore de principe que l'on ne peut opposer une exception résultante d'un consentement, qu'autant qu'il a pu être donné en connaissance de cause; car si le consentement était évidemment la suite d'une erreur de fait, il n'aurait pu produire un engagement. *Non videntur consentire qui errant.*

De là il résulte qu'il faut en revenir à la distinction de la nullité apparente et de la nullité cachée.

Ainsi, supposons qu'un héritier *ab intestat*, qui serait héritier testamentaire, eût acquitté des legs en vertu du testament qu'il aurait certainement connu : pourrait-il ensuite demander la restitution des legs, et revenir à sa qualité d'héritier *ab intestat*, sur le fondement que le testament renfermerait quelque nullité? S'il s'agissait d'une nullité apparente, comme s'il n'y avait pas eu au testament le nombre de témoins requis par la loi, ou de toute autre nullité qui résulterait d'une inobservation évidente d'une des formes que la loi prescrit, il aurait agi par erreur; mais ce serait une erreur de droit, qui n'est jamais excusable, parce que personne n'est présumé ignorer la loi. Il aurait pu vouloir exécuter le testament malgré la nullité, soit parce qu'ainsi que l'observe Chabrol, les formalités n'ont pour objet que d'assurer la vérité du testament, et que l'héritier, qui a bien voulu exécuter un testament nul, est censé s'être rendu certain par d'autres moyens de la volonté du testateur, soit parce que, malgré la nullité, il subsiste une sorte d'obligation naturelle, qu'il doit être libre à l'héritier d'accomplir.

L'héritier qui serait dans ce cas ne pourrait faire valoir

qu'une nullité qui serait de nature à n'avoir pas été connue, lors de l'exécution du testament, comme si l'incapacité d'un des témoins était d'abord ignorée, et n'eût pu être connue que dans la suite, ou s'il s'agissait de tout autre cas semblable. Il invoquerait sans doute un moyen de droit, mais alors le droit serait subordonné à un fait ignoré.

Cette distinction se concilie avec tous les principes.

Furgole, en la rejetant, se fonde sur la jurisprudence du parlement de Toulouse; mais celle du parlement de Paris était opposée. Cette distinction y était admise. Furgole en convient, n^o 127 et suivans. En effet, indépendamment d'anciens arrêts rendus par ce parlement, cités par Brodeau sur Louet, lettre L, somm. 6, que Furgole lui-même rappelle, Chabrol en cite un du même parlement, rendu en 1778, et dans le même esprit.

Dans l'espèce de cet arrêt, le sieur d'Ailly avait institué par son testament le sieur de Chambonas, et il avait fait un legs considérable au sieur de la Volpilière, qui était un de ses héritiers *ab intestat*. Le sieur de la Volpilière reçut le legs. Il prétendit ensuite que le testament était nul, parce que la minute n'était point écrite de la main du notaire qui l'avait reçu, et qu'il n'avait découvert cette nullité que depuis sa quittance. Par cet arrêt, le sieur de la Volpilière fut déclaré non recevable. On pensa qu'il avait à s'imputer de n'avoir pas consulté la minute du testament avant d'avoir reçu son legs; qu'il pouvait même avoir eu déjà connaissance de la défectuosité, et que rien ne prouvait qu'il ne l'eût apprise que depuis.

Ce n'est pas qu'on ne puisse bien critiquer le motif de cet arrêt; aussi la sentence de la sénéchaussée de Riom avait-elle jugé différemment. Elle fut infirmée, et il ne serait pas étonnant qu'elle fût trouvée plus conforme à l'équité, en ce que la nullité pouvait être regardée comme cachée au sieur de la Volpilière. Mais toujours est-il vrai que l'arrêt a été rendu dans le sens de la distinction que j'ai déjà annoncée.

Il faut cependant convenir que Furgole ne rejette pas seulement cette distinction, par la seule raison qu'elle

l'était par la jurisprudence du parlement de Toulouse ; il se fonde encore sur les dispositions des lois romaines, par lesquelles il justifie cette jurisprudence.

Mais indépendamment des difficultés que toutes ces lois présentent pour les concilier, outre que Domat, *Lois civiles*, liv. 3, tit. 2, sect. 3, n^o 2 et 8, s'est expliqué dans le sens de cette distinction, et qu'il paraît que le docte Cujas a été dans cette même opinion, il suffirait d'observer que ces lois romaines ne pouvant plus être invoquées comme lois, on peut s'en écarter, si on n'y trouve pas la raison écrite.

Ce n'est pas tout encore, c'est qu'il est dit dans l'article 1340 du Code civil : « La confirmation, ou ratification, ou » exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou » ayant-cause du donateur, après son décès, emporte leur » renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute » autre exception. » Or, il est aisé de sentir toute l'affinité qu'il y a entre ce cas et celui dont il s'agit.

Dirait-on que cette disposition n'étant établie que pour le cas de la donation, et le législateur ne l'ayant pas répétée pour le cas du testament, il n'a pas entendu qu'on l'appliquât au testament ?

Ce ne serait là qu'un argument à *contrario*, et j'ai déjà eu occasion de dire que de pareils argumens ne sont pas toujours sûrs en droit. Il est dit dans l'art. 1539 que « le » donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les » vices d'une donation entre vifs, nulle en la forme ; il » faut qu'elle soit refaite en la forme légale. » La loi ne contient point de disposition semblable par rapport au testament ; et pourrait-on dire sérieusement que par cette raison il ne devrait pas en être, dans ce cas, du testament, comme de la donation ? Il s'agit donc de savoir si, relativement à notre question, il n'y a pas, et pour la donation et pour le testament, parité de motifs.

Il semble donc que l'opinion de Ricard et de Domat est la plus sûre. Encore faut-il observer que quand Ricard et d'autres auteurs admettent que la seule nullité non apparente peut être opposée avant le paiement ou la réception du legs, ils disent que c'est à celui auquel on oppose l'exé-

cution du testament, à prouver que la nullité lui était cachée ; la présomption est toujours contre lui.

Cette dissertation prouve au moins combien il est prudent de rechercher avec soin les nullités qui pourraient se trouver dans le testament, avant de payer ou de recevoir un legs, ou d'exécuter le testament de toute autre manière, afin d'éviter les difficultés qui s'élèvent naturellement sur une réclamation postérieure à des actes dont on peut induire une approbation.

Après avoir écrit cette dissertation, j'ai remarqué dans le Recueil de jurisprudence du Code civil, tome 7, pages 79 et suivantes, deux arrêts de la Cour d'appel de Turin, l'un du 4 mars 1806, l'autre du 22 du même mois, qui ont jugé que la réception de tout ou de partie d'un legs, n'empêchait pas qu'on ne pût attaquer ensuite le testament de nullité ; et on peut dire qu'il s'agissait d'une nullité apparente.

Mais, 1^o dans l'espèce du premier arrêt, il s'agissait d'une réception faite par deux femmes en puissance de mari, dont une n'était pas même autorisée.

2^o. Dans l'espèce de ce même arrêt, il ne paraissait pas que le testament eût été *ni connu ni communiqué*, et on tire la même induction des motifs du second arrêt.

5^o. Les arrêts ont été rendus pour des départemens où les particuliers pouvaient n'être pas encore suffisamment versés dans les lois nouvelles. On trouve ce motif dans les *considérans* du premier arrêt, *surtout vis-à-vis de personnes non versées dans les nouvelles lois* ; circonstance qui peut avoir influé sur les décisions.

On voit que dans le premier arrêt les juges ont rapporté, dans les *considérans*, l'opinion de Faber, *définition 7^e, liv. 6, tit. 12 de son Code*.

Cet auteur jouit d'une considération toute particulière dans la Savoie, où il a exercé long-temps les fonctions de magistrat. Il faut convenir qu'il la mérite partout. Mais quelque respectable que soit un auteur, son opinion, surtout lorsqu'elle est en opposition avec celles de plusieurs autres, ne peut être le fondement inébranlable d'un jugement.

REMARQUES SUR LE CHAPITRE PRÉCÉDENT.

Dans nos remarques précédentes sur les testamens, nous avons dit que la législation intermédiaire leur étant commune avec celle des donations entre vifs, non-seulement pour les testamens, mais encore pour les legs qu'ils contiennent, le lecteur devrait consulter les actes du gouvernement que nous avons rapportés au 1^{er} volume, chapitre des donations entre vifs; mais il est quelques dispositions particulières aux legs, et qu'il est utile de placer au chapitre que nous traitons.

La législation relative à cet objet a été maintenue par un arrêté du gouvernement provisoire du 22 avril 1814. Cette disposition est commune à toutes les dispositions entre vifs et testamentaires au profit des hospices, des pauvres d'une commune ou d'établissmens d'utilité publique, qui n'ont leur effet qu'autant qu'elles sont autorisées par un arrêté royal, d'après l'art. 910 du Code civil.

D'après l'art. 937 du même Code, les donations faites au profit d'hospices, de pauvres d'une commune ou d'établissmens d'utilité, sont acceptées par les administrations des communes, après y avoir été dûment autorisées.

En vertu de cette disposition, les legs faits aux pauvres sont acceptés par le bureau de bienfaisance ou la disconie de l'arrondissement dans lequel la commune est située. Ceux qu'on fait aux hospices sont acceptés par les commissions administratives.

Un arrêté du 4 pluviôse an 12 et le décret du 12 avril 1807, relatifs aux legs et donations en faveur des établissemens publics, et qui n'excèdent pas 300 francs, ont été maintenus par arrêté royal du 21 octobre 1818, et S. M. a statué en même temps que les autorisations nécessaires pour l'acceptation de ces legs et donations pouvaient être accordées par les états députés des provinces, ce qui est une modification du Code civil.

Lorsque l'acceptation d'un legs fait à un hospice a été légalement autorisée, et que les héritiers en contestent la délivrance, l'administration se fait autoriser à la poursuivre judiciairement, suivant les formalités prescrites par l'arrêté du 7 messidor an 9.

Quand les legs consistent dans des droits à exercer, les receveurs des hospices du bureau de bienfaisance sont chargés de faire les poursuites et diligences requises pour le recouvrement des choses exigibles et actions quelconques, faisant partie du legs, et à faire provisoirement tous les actes conservatoires nécessaires pour en assurer l'intégrité.

Lorsque les legs consistent en sommes d'argent, si le montant est suffisant pour l'acquisition de rentes sur l'état, cet emploi est ordonné, et il se fait à la diligence du directeur général du syndicat d'amortissement, pour en employer le produit conformément aux intentions des testateurs. En cas d'insuffisance, les fonds sont employés de la manière qui est déterminée par l'administration supérieure, sur les représentations à elle faites à cet égard.

L'arrêté du 7 messidor an 9 doit être suivi tant pour les renvois en possession que pour les transactions qui peuvent avoir lieu sur l'opposition des héritiers.

Les testamens doivent être, à la diligence des receveurs, transcrits avec les

arrêtés et actes d'acceptation au bureau des hypothèques dans l'arrondissement du lieu de la situation des immeubles, et il ne doit être payé pour cette transcription que le droit fixe de 80 cents, et les droits personnels du conservateur. Les immeubles sont réunis aux autres biens de l'hospice pour être administrés de même; et les fonds, résultant de la vente des effets mobiliers, et du recouvrement des obligations et créances exigibles, sont, après l'acquit des charges de la succession, employés en acquisition de rentes sur l'état, dont le produit est affecté aux dépenses de l'hospice légataire. Telles sont les formalités à remplir par les hospices qui, à défaut d'héritiers appelés, se font envoyer en possession. Des arrêtés des 10 ventose et 23 prairial an 12 en ont fait l'application.

D'autres décrets des 15 et 22 floréal même année, donnent la faculté de placer les fonds légués dans les monts-de-piété réunis aux hospices. Quand les legs et donations comprennent des effets mobiliers, la vente en est ordonnée aux enchères, et le prix employé suivant le règlement du préfet, d'après l'arrêté du 25 thermidor an 10.

Si un bourgmestre acceptait, au préjudice des attributions des commissions et bureaux, son arrêté serait annulé pour cause d'incompétence. Nous en avons un exemple dans le décret du 4 mai 1809, rendu à l'égard du maire de Mont-Gardin.

Les évêques diocésains et directeurs généraux des cultes, doivent intervenir dans toutes les autorisations qui sont demandées pour fondations, dons et legs faits aux églises, fabriques, séminaires et établissements pieux, autorisés et reconnus.

L'intérêt de l'état exigeant que les familles conservent leur patrimoine, le roi peut dans sa sagesse réduire les legs exorbitants qui tendraient à les dépouiller.

La législation des legs est commune aux fondations qui ne sont que des legs pieux sujets aux mêmes formalités, puisqu'ils ne sont recueillis que par des gens de main-morte.

La matière que contient ce chapitre correspond à une loi du 28 février 1825, faisant partie du titre XII du second livre du Code des Pays-Bas. En voici le texte :

SECTION CINQUIÈME.

De l'institution d'héritiers.

LXXI. L'institution d'héritiers est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes soit l'universalité, soit une quote-part, telle qu'une moitié, un tiers, des biens qu'il laissera à son décès.

LXXII. Au décès du testateur, les héritiers institués sont saisis de plein droit de tous ses biens, concurremment avec les héritiers légitimes, auxquels une quotité de la succession est réservée ou dévolue par la Loi.

Les art. 5 et 6 du titre des *Successions ab intestat* leur sont applicables.

LXXIII. Lorsque la validité de l'institution sera contestée, le juge pourra ordonner que les biens en litige soient mis sous séquestre.

SECTION SIXIÈME.

Des legs.

LXXIV. Le legs est une disposition à titre particulier, par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes des biens déterminés, ou même tous ses biens d'une certaine espèce, tels que tous ses meubles ou immeubles, ou l'usufruit de tout ou partie de ses biens.

LXXV. Tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, transmissible à ses héritiers ou ayant-cause.

LXXVI. Le légataire sera tenu de demander la délivrance de la chose léguée, aux héritiers ou aux légataires qui en sont chargés.

Il aura droit aux fruits ou revenus à compter du jour du décès du testateur, si la demande en délivrance a été faite dans l'année, sinon du jour de la demande.

LXXVII. Les intérêts ou fruits de la chose léguée courent au profit du légataire dès le jour du décès, et quelle que soit l'époque de la demande de la délivrance :

1°. Lorsque le testateur aura expressément déclaré sa volonté à cet égard dans le testament;

2°. Lorsqu'une rente viagère ou une pension aura été léguée à titre d'aliment.

LXXVIII. Les droits imposés sur les legs au profit de l'État, sous quelque dénomination que ce soit, seront à charge du légataire, à moins que le testateur n'ait ordonné le contraire.

LXXIX. Lorsqu'une charge aura été imposée par le testateur à plusieurs légataires, ceux-ci seront tenus de l'acquitter, chacun au prorata de la valeur de son legs, à moins que le testateur n'en ait ordonné autrement.

LXXX. La chose sera délivrée avec ses accessoires, et dans l'état où elle se trouve au jour du décès du testateur.

LXXXI. Lorsque celui qui a légué la propriété d'un immeuble, l'a ensuite augmenté par des acquisitions, ces acquisitions, fussent-elles contiguës, ne sont pas censées, sans une nouvelle disposition, faire partie du legs.

Les améliorations, embellissemens ou constructions nouvelles, faites sur le fonds légué, ou l'augmentation d'un euclor, faite par le testateur, profiteront au légataire sans disposition ultérieure.

LXXXII. Si, avant le testament ou depuis, la chose léguée a été hypothéquée pour la succession, ou même pour la dette d'un tiers, ou si elle est grevée d'un usufruit, celui qui doit acquitter le legs, n'est point tenu de la dégager, à moins qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition expresse du testateur.

Si le légataire acquitte la dette hypothéquée, il aura son recours contre les héritiers, conformément à l'art. 42 du titre du *Partage*.

LXXXIII. Lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu, ou non, qu'elle ne lui appartenait pas.

LXXXIV. Lorsque le legs sera d'une chose indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner de la meilleure qualité, mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise.

LXXXV. Le legs fait au créancier ne sera pas censé en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique en compensation de ses gages.

LXXXVI. Lorsque la succession n'aura pas été acceptée en tout ou en partie, ou lorsqu'elle aura été acceptée sous bénéfice d'inventaire, et que les biens délaissés ne suffiront pas pour acquitter les legs en entier, il y aura lieu à réduction entre les légataires, au prorata de la valeur de leur legs, à moins que le testateur n'en ait autrement ordonné.

CONFÉRENCE.

TIT. 12 ^e , 2 ^e LIV. DU CODE DES PAYS-BAS.	CODE FRANÇAIS.
ART. 71.	1002, 1003 et 1010.
72.	1004, 1005 et 1011.
73.	
74, 75 et 76.	1014.
77.	1015.
78.	1016.
79.	1017.
80.	1018.
81.	1019.
82.	1020.
83.	1021.
84.	1022.
85.	1023.
86.	1024.

JURISPRUDENCE.

I. Le droit d'accroissement a lieu entre héritiers testamentaires institués conjointement, quoique le testateur ait déclaré qu'ils recueilleraient son hérédité par portions égales. (*Arrêt de la Cour de cassation, du 19 octobre 1808.*)

II. Le légataire n'a que six mois pour passer la déclaration de ce qui lui est échu, soit qu'il ait ou non accepté et obtenu la délivrance; plus tard il encourt le demi-droit en sus. (*Arrêts de la même Cour, des 16 janvier 1811 et 4 février 1812.*)

III. Le legs fait par un mineur, lors même qu'il est décédé en majorité, ne peut avoir d'effet que jusqu'à concurrence de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer. (*Arrêt de la Cour de Grenoble, du 7 juillet 1811.*) La Cour royale de Lyon a consacré le même principe par arrêt du 27 août 1818, que la Cour de cassation a confirmé le 30 août 1820.

IV. Le légataire en pleine propriété de tous les meubles, et en usufruit du seul immeuble de la succession, est réputé légataire universel de l'usufruit; en conséquence, les obligations relativement aux dettes auxquelles l'immeuble doit contribuer, se règlent par l'art. 612 du Code civil. (*Arrêt de la Cour de cassation de France.*)

V. Un testateur institue son neveu pour jouir et disposer lorsqu'il aura 24 ans, et, s'il meurt auparavant, le testateur fait deux legs de 10,000 fr. chacun. Il y a substitution. (*Arrêt de la même Cour, du 8 juin 1812.*)

VI. Le legs d'une somme en deniers, dont est grevé l'héritier appelé en second ordre, mais qui n'a point recueilli la succession, ne doit pas être supporté par ceux auxquels elle est dévolue, par suite de la défection de cette seconde vocation. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 16 juin 1814.*) Dans la discussion de cette importante affaire on a fait preuve d'érudition de part et d'autre, et chaque partie a appliqué la législation romaine de la manière qui convenait à ses intérêts; mais la Cour, après avoir reconnu, en fait, que la substitution fidéi-commissaire ne s'était ouverte qu'après la publication de la loi du 25 octobre 1792, abolitive des fidéi-commis, et qu'en conséquence elle n'avait pu produire aucun effet, a reconnu et déclaré : 1° que le legs sur lequel elle avait à prononcer, formait une charge personnelle, imposée aux héritiers fidéi-commissaires désignés par le testament et en leur dite qualité, et qu'il n'affectait nullement l'hérédité, ni aucun objet y compris; 2° que d'après la loi 61 § 1 ff. de *legatis* 2°, les legs dont l'institué était grevé ne devaient pas être prestés par le substitué, en cas d'ouverture de la substitution, sans distinction entre la vulgaire et le fidéi-commissaire; et que ce n'est qu'en vertu d'un rescrit de l'empereur Sévère dont il est fait mention dans ladite loi, que le substitué a été chargé, conformément à la volonté présumée du testateur, qui ayant préféré l'institué au substitué, et l'ayant toutefois grevé de legs, doit être censé avoir voulu qu'ils fussent accomplis par le substitué, laquelle raison ne s'appliquant évidemment pas au cas où est le substitué qui a été grevé de legs, et non l'institué, le rescrit sus-énoncé ne peut pas y être étendu; 3° que les lois romaines invoquées contre l'arrêt et qui ne sont relatives qu'aux dispositions testamentaires caduques, n'étaient pas applicables à l'espèce soumise à la Cour, d'autant que les décisions de ces lois sont aussi fondées sur la volonté présumée du testateur, qui, ayant grevé la personne qu'il a préférée, est censé avoir voulu aussi grever celle qu'il a appelée à son défaut, de sorte qu'elles sont en harmonie avec la loi 61, § 1, ff. de *legatis* 2° susmentionnée; 4° qu'encore que la testatrice ait préféré ceux qu'elle a chargés du legs à ses héritiers *ab intestat*, il n'en résulte autre chose, sinon que si l'hérédité fidéi-commissaire leur eût été déférée, et qu'ils l'eussent répudiée, les héritiers *ab intestat* eussent dû remplir ledit legs, aux termes de la nouvelle 1^{re}; mais qu'on ne peut nullement en conclure que, dans le cas qui est arrivé, les héritiers *ab intestat* du fiduciaire qui n'est pas grevé du même legs, et à charge de qui il ne peut pas être censé répété, puissent être contraints de le payer.

En décidant; d'après ces importantes considérations, que l'héritier direct et immédiat n'avait pas été asservi à la prestation du legs contentieux, et que, par une conséquence ultérieure, ceux à qui les biens de la testatrice étaient provenues en qualité d'héritiers *ab intestat* de cet héritier direct, n'étaient également pas tenus de la remplir, la Cour a fait une judicieuse application des principes du droit romain.

VII. La femme est recevable à revendiquer son droit d'usufruit contre celui à l'égard duquel le mari, sans son intervention, a succombé dans la même réclamation; mais son action ne peut s'étendre aux fruits qui étoient pendant le mariage. (*Arrêt de la même Cour*, 1814.) Quoique cet arrêt ne soit qu'interlocutoire nous avons cru devoir le rapporter, parce qu'il se rattache à une institution d'héritier, établie par testament conjonctif du 15 mai 1773, et qui avait mis en jouissance de l'usufruit la femme en faveur de laquelle l'arrêt était rendu.

VIII. Le légataire appelé après le décès de deux testateurs, dont le survivant a l'usufruit de la chose léguée, en a atteint et transmis à ses héritiers la nue-propriété, bien qu'il meure avant l'usufruitier. (*Arrêt de la même Cour*, du 27 juillet 1814.) Cet arrêt n'est fondé que sur des points d'équité, et la Cour n'a pas fait usage des principes du droit romain qu'on avait invoqués; mais elle a fait une juste application des principes en ne reconnaissant pas de condition dans la disposition ci-dessus, et en déclarant que c'était un legs pur et simple, quant à la part du prémourant dans l'objet légué, mais avec réserve d'usufruit en faveur du survivant. Elle a ainsi décidé que lorsque dans un testament il a été disposé d'objets individuels, une disposition générale, quoique subséquente, ne s'étend plus aux mêmes objets.

IX. Le légataire à titre universel, qui s'est mis en possession de son legs, sans en avoir demandé la délivrance à l'héritier légitime, est passible des poursuites en expropriation forcée, à raison d'une créance hypothéquée sur l'un des immeubles qui composent sa part et portion. (*Arrêt de la même Cour*, du 25 août 1814.) Cet arrêt a fait une juste application du principe que la propriété de la chose léguée passe de plein droit du testateur au légataire. Aucun parent, se qualifiant d'héritier légitime, n'avait réclamé contre la mise en possession, ou n'avait formé la demande en revendication incidemment à la poursuite en saisie immobilière. Au surplus, cette exception aurait été dans tous les cas l'exception du droit d'un tiers, et n'aurait pas appartenu, dans le silence des intéressés, à celle qui s'était mise en possession de l'immeuble en vertu d'un titre testamentaire, et qui n'emploierait cette exception que pour arrêter les poursuites légitimes d'un créancier ayant hypothèque sur l'immeuble.

X. La disposition par laquelle le testateur lègue l'argent comptant qu'il laissera à son décès, ne comprend pas les sommes d'argent que le légataire a reçues pour le testateur comme son mandataire, et dont il n'a pas rendu compte du vivant de celui-ci. (*Arrêt de la même Cour*, du 9 juin 1815.) Les appelans avaient fait, dans la discussion, une juste application de la loi 34, § 3, *D. mandati*, dont le commentateur Godefroi a fait sortir le principe : *Quod ex causâ mandati tibi debeo, tuum non est*, d'où la conséquence que les droits du mandant se réduisent à l'exercice de l'action *mandati directa* qui, dans la supposition que la balance soit en sa faveur, constitue tout au plus une créance active, créance qui, en aucun cas, ne peut être comprise sous la dénomination d'argent comptant. On a observé à cette occasion qu'il en serait autrement si le légataire avait reçu en dépôt une certaine somme renfermée dans un *esoclos et scellé*, parce que, suivant l'opinion de Wynants, ce dépôt ne

se considère pas comme une somme, mais comme une espèce, et ne passe pas en prêt; aussi le receveur d'une telle consignation ne peut disposer de cet argent, et il n'en devient pas le propriétaire; mais il doit le conserver ainsi, et de la manière qu'il lui a été mis entre les mains, et peu importe, d'après le même auteur, que la consignation se fasse au receveur en qualité d'ami, pourvu que le sac soit *clos et scellé*, parce qu'alors les deniers sont censés faire un corps. A l'objection tirée de la loi 38, ff. *de pecul.*, où il semble d'abord que le jurisconsulte décide que l'argent non scellé, mais simplement déposé, devrait être rendu par préférence au déposant, *Wynants* répond que, dans le cas de cette loi, le déposant avait déposé la somme, tellement que cela empêchait que le dépositaire n'en eût le maniement. D'après les lois 24, § 3, ff. *de bon. ant. jud. poss.* et 31, ff. *locati*, ce serait encore la même chose, si l'argent déposé consistait en pièces rares, qu'on pourrait aisément reconnaître pour celles qui ont été déposées; enfin, pour épuiser la matière, *Wynants* se demande si le billet apposé par le receveur *que tel argent était consigné chez lui pour un tel*, serait suffisant pour donner à celui-ci la préférence, et il pense que non, parce que le receveur, par son billet ou confession, ne peut intervertir le droit des parties, ni exclure la présomption de droit pour la confusion.

XI. Nous avons rapporté au chapitre des testaments, un arrêt d'après lequel, lorsqu'un testateur lègue, à titre de souvenir, la faculté de faire choix dans son mobilier, de ce qui peut faire plaisir au légataire, ce choix ne peut pas s'exercer parmi toutes les choses que la loi répute meubles, et doit se renfermer dans les objets servant d'ameublement à l'usage ou à la commodité des personnes. Le même arrêt décide que, quoique l'art. 1016 mette à la charge de la succession les frais de la délivrance d'un legs, néanmoins le légataire qui élève des prétentions exorbitantes et mal fondées, peut être condamné personnellement aux frais que sa demande a engendrés. (Arrêt du 15 juin 1815.)

XII. D'après la jurisprudence antérieure au Code civil en Belgique, un légataire ne pouvait demander les fruits ou les intérêts de la chose léguée, depuis l'époque de l'exigibilité, à moins que ce ne fût par le fait même de l'héritier qu'il se serait trouvé dans l'impossibilité de demander la délivrance du legs. (Arrêt de la même Cour, du 29 juin 1815.) La loi de *usuris et fructibus legatorum* a donné lieu à une infinité d'opinions, et à une controverse sur laquelle les plus célèbres commentateurs, et notamment *Voët*, *Bruneman*, *Pothier* ont donné la preuve de leur judicieuse dialectique. Mais l'art. 1014 du Code civil a concilié toutes les opinions par celle-ci, que le légataire particulier ne peut prétendre les fruits et intérêts qu'à compter du jour de sa demande en délivrance, ou du jour auquel cette délivrance lui aurait été volontairement consentie, sauf les deux exceptions portées à l'art. 215. Si l'on s'en rapporte à *Wynants*, cette jurisprudence était celle de la Belgique, et l'arrêt que nous citons ne serait que la confirmation de ceux rendus par le Conseil de Brabant dans la matière qui nous occupe, et qui consacraient le principe que, bien qu'il soit vrai, en thèse générale, qu'un légataire particulier ne peut prétendre les intérêts de la chose léguée qu'à compter

du jour de sa demande en délivrance, ou du jour que cette délivrance lui aurait été volontairement consentie, ce principe ne peut néanmoins trouver son application dans l'espèce où le légataire a été constitué dans l'impossibilité de faire cette demande, par le fait de ceux qui auraient dû faire la délivrance, d'où il suit que les intérêts en sont dus du jour où le legs est devenu exigible.

XIII. Lorsque plusieurs héritiers ou légataires sont institués conjointement, et que l'institution est nulle à l'égard de l'un d'entre eux, comme grevée de fidéi-commis, la part de celui-ci accroît à ses héritiers testamentaires, et ne doit pas être recueillie par les héritiers *ab intestat*. (*Arrêt de la Cour de cassation de Bruxelles, du 8 juillet 1815.*) Cet arrêt a fait une juste application des art. 1043 et 1044, dont la Cour supérieure avait mal saisi le sens, et comme il s'agit d'une interprétation très-importante en matière d'accroissement, on nous saura gré d'avoir fait connaître les moyens que le procureur-général *Daniels* a employés dans la discussion. Il a posé en principe que le droit d'accroissement est, depuis comme avant la publication du Code civil, le droit qu'acquière un ou plusieurs héritiers d'une succession, et un ou plusieurs légataires sur les portions d'un ou de plusieurs co-héritiers ou légataires qui n'ont pu en jouir ou qui y ont renoncé : *jus capiendi portionem vacuum conjuncti, qui defuit in successione mortis causâ*. — La manière dont la portion de l'un est devenue vacante ne fait rien à la chose : *deficiens conjunctus dicitur qui portionem sibi in successione mortis causâ destinatam, non capit*. — L'art. 896 du Code, en déclarant que toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier, ou du légataire, ne dit point que la portion ainsi vacante appartiendra toujours aux héritiers *ab intestat*. L'art. 1044 ne le dit pas non plus. Ce cas est donc soumis à la règle générale, et le droit d'accroissement y a lieu, comme quand l'un des héritiers est incapable ou qu'il renonce à la succession. Un argument bien facile à saisir justifie cette opinion : l'institution grevée de substitution est nulle ; on doit donc la regarder comme non avenue, comme si elle n'existait pas et qu'elle n'eût jamais eu lieu. Pour établir le contraire, la Cour de Bruxelles avait invoqué l'art. 1043 du Code civil, mais loin de restreindre le droit d'accroissement, cet article n'en parle même point. Aucun des articles dont se compose la 8^e section du chap. 5, dont cet article fait partie, ne porte que le droit d'accroissement n'aura pas lieu si l'institution est nulle en partie comme grevée de substitution ; et en effet, observe judicieusement le ministère public, quel serait le motif de cette restriction ? que l'héritier institué ait répudié l'institution, qu'il soit incapable, ou que, par toute autre cause, son institution soit nulle dès son origine, n'importe : les raisons qui ont fait admettre le droit d'accroissement sont applicables à tous ces cas indistinctement. L'art. 1044 l'admet par cela seul que l'institution a été faite au profit de plusieurs conjointement, et que l'un d'entre eux ne peut en jouir ; il n'exige pas déterminément que cet héritier soit incapable ou qu'il ait répudié. L'arrêt a aussi mal saisi l'esprit de l'art. 1035, sous ce rapport que le testateur qui institue plusieurs héritiers conjointement, est censé vouloir appeler chacun à la totalité

de la succession, de sorte qu'il n'y a lieu à portage qu'autant que deux ou plusieurs héritiers institués se présentent pour recueillir le bénéfice de leur institution; et le droit d'accroissement n'a jamais été considéré comme un effet de *telle ou telle* manière dont une portion de l'hérédité est devenue vacante, mais seulement de la manière dont plusieurs ont été *appelés aux mêmes avantages*. C'est dans ce sens qu'on doit entendre la maxime : *Concurso partes fiunt; conjunctim heredes institui, aut conjunctim legari hoc est: TOTAM HEREDITATEM ET TOTA LEGATA SINGULIS DATA ESSE, PARTES AUTEM CONCURSU FIERI*, dit la loi 8, ff. *de legatis* 3^o. — Ainsi de deux choses l'une : ou plusieurs héritiers ou légataires ont été conjoints par la chose ou par les paroles, et ils jouissent du droit d'accroissement, quand même l'objet légué pourrait être divisé commodément, n'importe de quelle manière l'une des portions soit devenue vacante : ou bien le testateur ne les a pas conjoints, soit parce qu'il les a appelés à des choses différentes, soit parce que dans la disposition même il a assigné la part de chacun d'eux, soit enfin parce que la chose a été donnée *séparément* dans le même acte, et que l'objet légué peut être divisé sans détérioration; et alors le droit d'accroissement n'a pas lieu, quelle que soit la manière dont un des légataires se trouve exclu de sa part. Telle était d'abord la disposition du droit romain. La loi unique, § 11, au Code, *de caducis tollendis*, est claire et précise sur ce point. *Si verò pars quædam ex his deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere adcrecere*, et le Code civil a adopté le même principe. L'art. 1044 ne dit point que le droit d'accroissement aura lieu *dans les cas prévus* par l'art. 1043 seulement; il l'accorde *indistinctement* lorsque le legs sera fait conjointement. La distinction adoptée par la Cour était donc sans fondement, et de même que ce droit a lieu en cas de *révocation* d'une partie de l'institution, il n'y a aucun motif de dire qu'il est nul lorsque l'un des héritiers ne peut rien réclamer, parce que le testateur l'a grevé de substitution.

Après avoir ainsi discuté les principes, le procureur-général combat, avec sa logique ordinaire, les motifs de l'arrêt, et notamment les deux premiers. On avait invoqué plusieurs textes du droit romain, et surtout la loi 61, § 1, *de legatis* 2^o, qui est ainsi conçue : *Julianus quidem ait, si alter ex legitimis heredibus repudiasset portionem, cum essent ab eo fideicommissa relicta, coheredem ejus non esse cogendum fideicommissa præstare, portionem ejus ad coheredem sine onere pertinere: sed post rescriptum Severi, quo fideicommissa ab instituto relicta, a substituto debentur, et hic quasi substitutus cum suo onere consequitur adcrecentem portionem*. On en concluait 1^o que le co-héritier n'obtient jamais, par droit d'accroissement, la portion vacante, qu'avec les charges dont elle était grevée par le testateur; 2^o que le droit d'accroissement produit les mêmes effets que la substitution vulgaire, et que par suite la portion vacante appartient aux héritiers *ab intestat*; mais, répondait le ministère public, s'il est vrai de dire que le co-héritier ne peut profiter de la portion vacante qu'à condition de remplir les mêmes charges, cette condition ne peut être entendue que dans le cas où la charge était *valablement* imposée à la portion qui est devenue vacante. Ce n'est que de cette espèce que parlent la

loi 61^e et toutes les autres lois romaines qui ont été invoquées. Dans les cas prévus par cette loi, le co-héritier aurait pu succéder; il avait répudié sa portion; il était grevé de fidéi-commis, *et cette disposition était valable*. Le droit d'accroissement n'avait donc lieu qu'à charge d'exécuter le fidéi-commis. Ici, le procureur général établit une hypothèse plus analogue: Quelqu'un est institué; il a pour co-héritier un autre dont l'institution est nulle d'après le droit romain, parce qu'il a été chargé secrètement de conserver et de rendre à un incapable. Dira-t-on que le droit d'accroissement n'a pas lieu d'après le même droit romain, par la raison que le premier héritier institué est grevé par une disposition secrète en faveur d'un incapable? Jamais on n'a prétendu qu'une substitution passe sur la tête du co-héritier pour exclure le droit d'accroissement. Cette opinion implique même contradiction, puisqu'elle admet le droit d'accroissement pour faire passer la charge sur la tête du co-héritier, et qu'elle l'exclut en même temps. On avait prétendu que le fait même de la substitution excluait le droit d'accroissement. A cette dernière objection qui n'était pas plus exacte que les précédentes le ministère public répond qu'à la vérité, l'héritier fidéi-commissaire ou substitué exclut le co-héritier; mais lorsque le fidéi-commissaire ne peut pas non plus profiter de la substitution, la portion devenue vacante dans les deux degrés de l'institution et de la substitution appartient au co-héritier en vertu du droit d'accroissement, puisque les deux dispositions sont également nulles. Quel effet peut-on d'ailleurs attacher à une substitution qu'on regarde comme nulle? Ce qui est nul doit être considéré comme inexistant et ne produisant aucun effet.

Cette discussion du droit d'accroissement est un véritable traité, et nous avons mis d'autant plus d'intérêt à l'analyser, qu'elle a été présentée à la Cour de cassation de Bruxelles par un des plus célèbres jurisconsultes du siècle.

XIV. Le journal de l'enregistrement cite un arrêt de 1815, sans dire par quelle Cour il a été rendu, qui a décidé que pour fixer le sens de l'art. 1044 du Code civil et en prévenir l'abus, il était essentiel de distinguer la disposition d'avec l'exécution; ainsi, il y aura disposition conjointe, toutes les fois que les légataires ou héritiers auront été institués collectivement; quoiqu'ensuite le testateur, supposant leur concours, ait, dans une disposition subséquente, déterminé la part de chacun par portions égales. — Le legs, au contraire, sera censé fait séparément, lorsqu'à l'égard de plusieurs légataires, le testateur, déterminant la part de chacun par une disposition particulière, aura attribué à l'un d'eux un quart, à un autre un cinquième de ses biens; dans ce cas, il n'y a pas lieu au droit d'accroissement, puisqu'il y a disjonction, parce que chaque disposition est séparée.

XV. D'après la loi 72, § 6, ff. de cond. et demonst. que le Code civil français n'a pas rapportée, les motifs erronés d'un legs ne nuisent pas à la disposition en elle-même. (*Arrêt de la Cour de Liège, du 5 mars 1816.*)

XVI. Lorsqu'un testateur, en fondant une messe journalière et perpétuelle dans l'église de sa paroisse, déclare destiner et affecter à cet effet une rente sur un état étranger, et en cas d'insuffisance, une autre rente également à charge d'une puissance étrangère, le conseil d'administration de la fabrique n'est pas en droit d'exiger que les héritiers assignent un au-

tre fonds, pour servir à l'érection et à l'établissement de cette fondation. En d'autres termes : cette disposition contient un assignat limitatif. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 3 avril 1816.*) Cette affaire a donné lieu de rappeler la manière dont les plus célèbres jurisconsultes ont traité de l'assignat limitatif et démonstratif, d'après les principes consacrés par les lois 108, § 10, ff. de legatis 1^o; 8, § 2, ff. de legat. 2^o; 96, ff. de legatis 1^o, et 27, § 2, ff. de legat. 3^o. Cette doctrine professée par *Barthole*, adoptée par *Dumoulin*, perfectionnée par *Loyseau*, et consolidée par *d'Aguesseau*, est renfermée dans ce peu de paroles : « Il faut distinguer entre ces deux cas différens : ou le corps certain, qui est le sujet de la contestation, est placé dans la substance même du legs, dans les termes énergiques qui contiennent la disposition ; et alors le testateur est censé avoir voulu limiter sa libéralité, en la réduisant à ce corps unique, qui a été le premier objet de ses intentions ; ou le corps certain, au contraire, ne se trouve point dans le legs, dans la disposition même, mais dans la clause qui concerne l'exécution du legs, qui indique la manière de le payer ; et en ce cas, tous les docteurs décident unanimement que ce corps certain dont le testateur a parlé ne forme point une condition nécessaire, que ce n'est qu'une démonstration favorable faite par le testateur, pour apprendre à son héritier ou à son légataire, et peut-être à tous les deux, eu quelle nature d'effets sa volonté pourra être plus facilement accomplie. »

XVII. Le legs de l'usufruit de la totalité ou d'une quote-part du mobilier, forme une disposition à titre universel qui assujétit le légataire au paiement des dettes pour sa part et portion. (*Arrêt de la même Cour, du 8 mai 1816.*) Cet arrêt est fondé sur ce que l'usufruit étant laissé de tous les meubles et réputés tels, aucun doute ne peut exister sur la volonté du testateur d'instituer son épouse dans l'usufruit de tout son mobilier, à l'exception seulement de la partie qui lui était laissée en propre, ce qui constitue un legs à titre universel. Le ministère public était bien d'accord sur ce point, que d'après l'art. 612 du Code civil tout usufruitier à titre universel, soit des meubles, soit des immeubles, doit contribuer avec le propriétaire au paiement des dettes, mais au lieu de puiser dans l'art. 1010 le principe relatif à la nature du legs, il s'est appuyé sur la définition donnée par les art. 533 et 535, et c'est cette fausse combinaison qui lui a fait voir un legs à titre particulier, là où la Cour a vu avec raison un legs à titre universel, ce qui est conforme à l'ancienne jurisprudence de la Cour, et à l'opinion de *M. Toullier*.

XVIII. Un legs de toutes les rentes réelles et personnelles du testateur, de toutes les lettres de change et obligations, tant celles portant intérêts que toutes autres, nulles réservées ni exceptées, et à charge de qui que ce soit, ne comprend pas les créances et obligations à charge des receveurs des biens du testateur, ou à charge des locataires du chef des fermages échus et non encore acquittés, et de ceux à échoir par la suite. (*Arrêt de la même Cour, du 27 novembre 1816.*) Le même arrêt juge qu'un tel légataire est tenu de supporter les droits de succession dont il a été chargé par une disposition générale, bien que le testateur eût, par une clause spéciale dans un premier testament, ordonné que ces droits seraient acquittés au moyen de ces revenus qui se trouveraient à son décès dans les caisses de ses receveurs.

(*Arrêt de la même Cour, du 27 novembre 1816.*) Cet arrêt qui n'a été rendu qu'après une discussion très-approfondie, puisée dans la législation romaine et dans la jurisprudence des arrêts, pose en principe : 1^o que la propriété des deniers reçus par un mandataire, en cette qualité, n'est pas transmise dans son chef, mais dans celui du mandant, par le concours de la volonté du débiteur qui a l'intention de la transférer au mandant ou créancier, et de celle du mandataire qui a acquis cette même propriété, de son consentement renfermé dans le mandat, en son nom et pour lui; d'où il résulte que les deniers qui existaient au temps du décès du testateur, dans les caisses des receveurs des revenus de ses biens, situés dans le territoire batave, n'étaient pas, dans l'espèce soumise à la Cour, compris dans la dénomination d'*obligations*; 2^o que l'action *mandati directa* qui compétait au défunt contre ses receveurs, en reddition de compte, ni l'action *locati*, qui lui appartenait pour les fermages échus, mais non encore acquittés à ladite époque de son décès, et pour ceux à échoir après cette même époque, n'étaient pas non plus comprises sous le mot *obligations*, selon l'idée y attachée par un usage général, mais bien sous la dénomination de *créances*, qui ne se trouvait pas consignée dans la période constitutive du legs, d'où il résulte que lesdites actions n'en faisaient pas partie; 3^o que la règle *generi per speciem derogatur*, n'était applicable que dans le concours de deux dispositions, dont l'une a le genre pour objet, et l'autre une espèce contenue sous le même genre, caractères dont l'espèce ne présentait pas la réunion, et où d'ailleurs le premier testament n'embrassait aucune disposition par rapport aux deniers, mais une démonstration à laquelle le second testament opposait une volonté contraire qui, en principe, doit produire son effet, d'après les lois 3, § dernier, et 28, ff. de *adm. legat.*

XIX. La disposition de l'art. 784 du Code civil, portant que la renouciation doit se faire au greffe sur un registre à ce destiné, n'est point applicable au légataire à titre particulier, qui renonce pour s'affranchir du paiement du droit de mutation par décès. Lorsque la mère légataire déclare, dans un procès où ses enfans ne sont points parties, que son intention est de ne rien prétendre à leur préjudice sur les biens de leur père, cette déclaration peut être regardée comme suffisante pour la garantie contre les poursuites de l'administration de l'enregistrement et des domaines. (*Arrêt de la Cour de cassation de Bruxelles, du 31 décembre 1816.*) Le procureur-général *Daniels* ayant rapporté dans son plaidoyer un arrêt de la Cour de cassation de France qui a jugé, le 18 nivose an 12, que le délai de six mois devait être observé pour l'enregistrement de la déclaration, soit que ceux habiles à succéder n'eussent pas encore pris qualité, ou que la succession ne fût acceptée que sous bénéfice d'inventaire, soit qu'elle eût été répudiée et restât vacante, ou qu'elle fût régie par un curateur, cette citation a donné lieu à une remarque très-importante, c'est que le mot *succession* ne doit pas, d'après les notions élémentaires du droit civil, comprendre le legs à titre particulier. Cette opinion est fondée sur différens textes du droit romain qui la justifient, et notamment sur la loi 24, ff. de *verb. sign.*; la loi 62, de *R. j.*; la loi 9, § 12, ff. de *hered. inst.*; la loi 37, ff. de *A. vel O. hered.*; la loi 50, ff. de *hered. petit.*; la loi 128, de *R. j.*; et la loi 96, ff. de *leg. 3^o*. On observe avec raison que l'art. 784

est contraire à ces principes élémentaires, et qu'il est même en contradiction avec les autres dispositions du Code qui, d'après leur combinaison avec la loi romaine, ont pour objet de s'assurer du fait si le défunt a un successeur réel et effectif, ou non. Dans le droit universel qui lui est déferé ce successeur, ajoute-t-on, étant passible des dettes et charges de la succession, il est important de justifier aux créanciers et aux légataires, par des actes publics et authentiques, qu'il y a, soit répudiation, soit acception modifiée par le bénéfice d'inventaire. Les motifs qui ont dicté ces dispositions ne s'appliquent nullement à un *légataire particulier* qui n'est point tenu des dettes de la succession, sauf la réduction du legs en faveur de la réserve, et sauf l'action hypothécaire des créanciers, d'après l'art. 1024.

XX. La nullité du legs de la chose d'autrui ne s'étend pas à ce qui appartient à l'héritier chargé de pareille prestation. (*Arrêt de la Cour de cassation de Bruxelles, du 4 janvier 1817.*) Le procureur-général Daniels, dans son plaidoyer dont nous avons déjà eu occasion de parler au chapitre des testaments, a fait observer qu'il suffit pour la validité du legs que la chose léguée appartienne à l'héritier, d'après l'art. 1021, puisé dans le droit romain qui n'entend, par *chose d'autrui*, que ce qui n'appartient ni au testateur, ni à l'héritier, mais à un tiers. La Cour a adopté ce principe, et en a fait une des considérations de son arrêt; mais nous verrons plus bas, à la date du 17 octobre 1821, que cet arrêt, quoique rendu par la Cour de cassation, n'a pas fait autorité, puisque la Cour supérieure a *jugé en sens contraire*.

XXI. Ce n'est pas l'héritier institué, mais les légataires qui doivent recueillir la portion de leur co-légataire décédé avant le testateur. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 19 février 1817.*) Cet arrêt est conforme aux principes en matière du droit d'accroissement.

XXII. La disposition de l'art. 1004 du Code civil (qui fait courir les fruits ou intérêts de la chose léguée du jour de la demande en délivrance) souffre exception dans le cas où l'héritier *ab intestat* a celé le testament au légataire. Cette circonstance donne au légataire le droit de prétendre les fruits ou intérêts depuis le décès du testateur. (*Arrêt de la même Cour, du 12 avril 1817.*) Sous le n° 12 ci-dessus, nous avons fait connaître la divergence des opinions qui, sous la législation antérieure au Code civil, rendait si incertaine l'époque à laquelle commençait la jouissance du légataire particulier, et nous avons rapporté à l'art. 1014 de ce Code, le terme de la controverse; mais la Cour a très-judicieusement reconnu dans ce second arrêt, comme elle l'avait fait dans le précédent, que cette règle ne peut recevoir son application lorsque, par le fait de l'héritier légal, le testament qui contient le legs a été malicieusement dérobé à la connaissance du légataire, parce qu'alors l'héritier ne peut profiter d'un défaut d'action dont lui-même est la cause.

XXIII. Le légataire d'une somme d'argent a le droit de requérir l'apposition des scellés sur les meubles de la succession. — Il peut prendre inscription sur les immeubles, pour sûreté de l'acquittement de son legs, sans condamnation judiciaire et en vertu de la seule autorité de la loi. (*Arrêt de la même Cour, du 26 avril 1817.*) Cet arrêt est parfaitement dans le sens des art. 1014, 1017 du Code civil, et 909 du Code de procédure, et conforme à l'opinion des plus célèbres juriscounultes.

XXIV. Lorsqu'un testateur, après avoir fait un legs à deux époux dont l'un est son successeur, ordonne que le *surplus* de sa succession sera dévolu à ses héritiers selon *loi*, cette succession est déferée *ex testamento*, et non *ab intestat*. Le legs dont il est parlé dans cette espèce est censé fait par préciput ou hors part. (*Arrêt de la même Cour, du 4 juin 1817.*) Nous parlerons avec plus d'étendue de cet arrêt au chapitre des rapports. Nous observerons seulement que dans une affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 26 mai 1817, que nous rapporterons à ce chapitre, la Cour ne s'est pas prononcée sur deux questions très-importantes, la première de savoir : si le legs du restant de tous les biens est *universel* ou à *titre universel*; et la seconde, si la part de l'un ou de plusieurs usufruitiers, qui ont survécu au testateur et atteint leur legs, doit au décès accroître à son co-légataire, ou si l'usufruit pour cette part est éteinte et retourne au propriétaire.

XXV. Lorsqu'une testatrice lègue une partie de sa succession à son frère marié, sous la restriction qu'il ne pourra point en disposer en faveur de son épouse, ajoutant qu'elle ne veut pas même que cette dernière ait l'usufruit coutumier des immeubles, cette prohibition est valable, et ne doit pas être censée non écrite. (*Arrêt de la même Cour, du 20 octobre 1817.*) La Cour a pensé qu'il n'y avait pas lieu d'examiner si la défense faite par la testatrice était un *preceptum nudum* ou *vestitum*; mais qu'aucune disposition des coutumes de Bruxelles, ni des lois nouvelles en vigueur à la date du décès de la testatrice en 1809, n'avait privé un testateur du pouvoir d'imposer à sa libéralité une condition telle que celle que la testatrice avait imposée au legs fait à son frère, et n'avait ôté à l'époux légataire la faculté d'accepter une telle libéralité; qu'au contraire, en ce qui concerne la législation nouvelle sous laquelle la testatrice est décédée, il résultait des art. 1401, § 1, et 1205 du Code civil, que dans son esprit semblables clauses sont licites, tant quant aux immeubles que quant aux meubles, qu'en conséquence la disposition devait recevoir sa pleine exécution. Dans la discussion, on avait invoqué l'autorité de *Stockmans* et de *Wynants*; mais ceux qui voudraient approfondir la question peuvent consulter avec fruit les autres commentateurs, tels que *Bruneman*, *Huber*, *A. Sande*, etc.

XXVI. Lorsqu'un héritier pur et simple a fait la délivrance d'un legs particulier en immeubles, sans opposition de la part des créanciers de la succession, ceux-ci ne peuvent contraindre le légataire, soit à rapporter son legs jusqu'à concurrence des dettes, soit à payer le montant de ces dettes, si, dans le délai prescrit, ils n'ont pas fait prononcer la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier. (*Arrêt de la même Cour, du 16 novembre 1817.*) Le même arrêt décide que dans l'ancienne jurisprudence belge, le délai dans lequel les créanciers d'une succession pouvaient demander la séparation des patrimoines était de cinq ans, à compter du jour de l'adition de l'hérédité, et que la séparation des patrimoines peut être poursuivie contre les légataires particuliers. Cet arrêt consacre en principe : 1^o que l'héritier pur et simple, par l'effet de son acceptation et en vertu du quasi-contrat renfermé dans l'adition d'hérédité, est obligé personnellement, envers les légataires comme envers les créanciers, de les payer intégralement, d'où il suit que les légataires qui ont

été acquittés intégralement par un héritier pur et simple, ne sont pas plus passibles de l'action que les lois romaines appellent *Paulienne* ou *révocatoire*, ni de celle qu'elles qualifient *condictio indebiti*, que ne pourrait l'être un créancier chirographaire de la succession pour ses co-créanciers; 2^e que la seule voie ouverte aux créanciers héréditaires, en cas d'une acceptation pure et simple d'une hérédité, pour faire opérer la maxime *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*, et être par là préférés aux légataires, c'est de demander la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier, laquelle étant effectuée, les créanciers du défunt sont préférés à ceux de l'héritier, sur les biens de la succession, dont le restant seulement est soumis aux dettes de l'héritier; que toutefois l'ancienne législation accordait aussi aux légataires la faculté de demander la séparation de biens, à l'effet d'être préférés aux autres créanciers de l'héritier, sur ce qui restait du patrimoine du défunt, ses dettes étant acquittées; 3^e que d'après une jurisprudence généralement répandue dans la Belgique, conforme à cet égard au droit romain, au témoignage de *Dulaury*, la demande de séparation de patrimoines devait être formée dans le terme de cinq ans à compter du jour de l'adition d'hérédité; 4^e que la loi 22, § 5, au *Code de jure deliberandi*, traite d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire; qu'un héritier bénéficiaire n'est qu'un administrateur qui n'est pas tenu aux charges au delà des forces de l'hérédité; qu'ainsi ce qu'il paie à chacun des créanciers et légataires, il est censé ne le payer que sous le rapport de ce qui serait revenu à chacun d'eux dans cette distribution, tandis qu'une hérédité acceptée purement et simplement, doit être censée avoir été suffisante lors de son ouverture, pour en remplir toutes les charges, et conséquemment pour en acquitter tous les legs comme toutes les dettes; 5^e qu'en supposant même la succession insuffisante pour remplir les dettes et les legs, il suffit qu'elle ait été acceptée purement et simplement pour n'avoir plus les caractères d'une faillite, et qu'alors les créanciers doivent recourir au bénéfice de la séparation des patrimoines, pour être préférés aux légataires, créanciers de l'héritier, puisque sans cette séparation, les patrimoines et les dettes restant toujours confondus, il ne pourrait y avoir lieu à ladite préférence.

XXVII. La disposition par laquelle un testateur lègue à son neveu célibataire l'usufruit de ses biens, et la propriété aux enfans à naître en sortable mariage, constitue une véritable substitution fidéi-commissaire abolie par la loi du 25 octobre 1772 et par l'art. 896 du Code civil. On ne peut l'envisager comme renfermant deux legs simultanés, l'un en usufruit, l'autre en nue-propriété, pour y appliquer l'exception de l'art. 898 du Code. (*Arrêt de la Cour royale de Paris, du 1^{er} décembre 1817.*)

XXVIII. Le légataire universel a une saisine de droit, et peut prendre celle de fait, en vertu d'une simple ordonnance d'envoi en possession, rendue sur sa seule requête, et sans qu'il ait besoin de délivrance. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 2 février 1818.*)

XXIX. L'héritier institué par contrat de mariage est seul passible des droits de mutation par décès, encore bien que l'instituant ait ensuite établi un donataire universel, parce que cette dernière disposition ne peut produire d'effet. (*Arrêt de la même Cour, du 28 février 1818.*)

XXX. La disposition par laquelle un testateur lègue ses biens à tel pour en jouir lui et ses enfans mâles en toute propriété, ne renferme pas une substitution prohibée, parce qu'il n'y a pas charge de conserver et de rendre, c'est-à-dire, ordre successif. (*Arrêt de la même Cour, du 17 novembre 1818.*)

XXXI. Sous l'empire de la coutume de Liège, la clause d'affrètement, contenue dans un testament conjonctif irrévocable n'avait d'autre effet que de faire succéder les sœurs avec les frères, dans les biens dont la coutume excluait les filles. Cette clause n'équivalait pas à une institution, en ce sens qu'il n'était plus permis au survivant des conjoints de disposer de ses biens par acte de dernière volonté. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 15 février 1819.*) Nous avons déjà rapporté cet arrêt au chapitre des testamens. Nous nous proposons d'en parler avec plus d'étendue à celui des avantages entre époux, auquel se rapportent presque toutes ses dispositions.

XXXII. L'art. 906 porte que pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur, néanmoins le testament n'aura son effet qu'autant que l'enfant sera né viable. Mais dans l'ancienne jurisprudence de ce pays, l'institution d'héritier faite au profit d'un enfant à naître était valable, non-seulement si cet enfant était né, mais encore s'il n'était conçu qu'après la mort du testateur. Cet article, duquel il semble résulter que l'enfant non conçu avant cette époque est incapable de recevoir par testament ne peut donc être opposé à ce principe sans effet rétroactif, si le testateur est décédé avant la publication du Code, l'enfant fût-il même né postérieurement au Code. (*Arrêt de la même Cour, du 27 novembre 1819.*) Cet arrêt que nous avons déjà rapporté au chapitre des testamens est motivé avec beaucoup de précision. D'abord la Cour n'a vu aucune ambiguïté dans le testament, et elle a appliqué le principe écrit dans nombre de lois romaines : *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio*. D'après ce principe, elle n'a pas trouvé dans cet acte le caractère de la substitution fidéi-commissaire prohibée par les lois nouvelles. Après avoir défini l'acte qui lui était soumis, la Cour a répondu aux différentes objections qui avaient été faites, et qui méritaient d'autant plus son attention, qu'elles étaient puisées dans les lois romaines. On avait invoqué les lois 12, ff. de usufructu earum rerum, etc., et 15, ff. de auro et argento; mais la Cour a démontré que ces lois n'étaient pas applicables, attendu que leurs décisions sont basées sur ce que la propriété une fois donnée par le legs pur et simple des biens ne peut être censée ôtée, soit par la prohibition d'aliéner, soit par la clause que le légataire jouira pendant sa vie, puisque ce ne sont pas des choses contradictoires que d'être propriétaire et de ne l'être que pour un temps limité, pour la durée de sa vie, par exemple, et de ne pouvoir pas aliéner, ce qui serait dans les fidéi-commis qui ne doivent s'ouvrir que par la mort du grevé, qu'ainsi ce serait une erreur d'inférer de ces sortes de clauses ajoutées au legs des biens, autre chose que l'institution d'un fidéi-commis et la nécessité imposée au légataire de rendre après sa mort. — L'art. 906 du Code civil porte que, pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur; on en avait conclu, par un argument *a contrario sensu*, que lorsqu'on n'était pas conçu lors de la mort du testateur, l'on était incapable de recevoir par testament; mais la Cour a

observé qu'il était d'une jurisprudence certaine en Belgique, au témoignage de *Stockmans*, que l'institution d'héritier ou le legs en faveur des enfans qui n'étaient pas encore nés ni conçus à l'époque du décès du testateur, était valable. — D'après les lois 1, § 8, ff. de *bonor. posses. secundum tab.*; 6, § 2, ff. de *hered. instit.*, et 49, § 1, *eod. tit.*, il n'y a que deux époques à considérer pour régler le droit des dispositions de dernière volonté, celle de la confection du testament et celle de la mort du testateur; le temps intermédiaire n'est d'aucune influence, d'où il résulte que la succession testamentaire d'une personne décédée avant l'émanation du Code civil, s'étant ouverte sous l'empire de l'ancienne législation, ce serait faire rétroagir l'art. 906 que de l'appliquer à une disposition de dernière volonté qui, d'après ladite législation, devait produire son effet au profit des individus qu'elle avait qualifiés, et qui avaient été capables de recevoir par testament et codicille. — La propriété est un être absolument idéal, puisque dans la possession des biens il n'y a rien de réel que la jouissance, et qu'en conséquence la propriété n'est rien autre chose que ce qu'on appelle *nomen juris*, et par une suite ultérieure, elle peut être vacante; elle l'est pendant tout le temps où personne n'a le droit d'user, d'abuser ou de disposer de la chose de laquelle il s'agit, c'est-à-dire, n'a pas le droit de se rendre maître de cette propriété, dans l'intervalle qu'elle est sous la sauvegarde de la loi, qui la conserve pour celui à qui elle doit un jour appartenir.

XXXIII. La renonciation à un legs, contenue dans une lettre écrite par le légataire à son homme d'affaires, n'est pas opérante en ce sens qu'elle puisse être opposée par les héritiers à la demande en délivrance. (*Arrêt de la même Chambre, du 18 mai 1820.*) Cet arrêt est fondé sur ce qu'en principe une renonciation à des droits acquis a les caractères d'une convention intervenue entre le renonçant et celui au profit de qui la renonciation est faite, et qu'ainsi il ne peut exister de semblable renonciation sans le concours du consentement de ces deux personnes, qui en forme la substance; et faisant l'application de ce principe à l'espèce, sur ce que la lettre dont on voulait induire la renonciation faite au legs n'avait pas été adressée au débiteur du legs, mais à une tierce personne; d'où il était nécessaire de conclure qu'il n'y avait pas eu de concours des volontés, *opportuno tempore*, de l'appelant et des intimés sur la renonciation au legs, et que par une suite ultérieure, il n'avait pas existé de renonciation, puisqu'une chose ne peut exister sans ce qui en constitue l'essence.

XXXIV. La jurisprudence sur le point de savoir si les mariages contractés depuis la loi du 17 nivose an 2, mais avant le Code civil, doivent ou non être régis par les anciens statuts coutumiers, est tellement fixée pour l'affirmative, que le legs fait par l'un des époux à l'autre, des mêmes objets auxquels celui-ci a droit en vertu de la communauté statutaire, doit être considéré comme nul, d'après la règle, *propria mea res mihi legari non potest*. — L'époux survivant peut encore être recevable à opposer cette nullité, après avoir acquitté des legs dont il était chargé par le testament de son conjoint. Le paiement des legs n'emporte pas renonciation par l'époux superstit à ses avantages coutumiers. — L'exécution d'un testament imparfait n'entraîne l'obligation d'exécuter l'autre, qu'autant que les objets

sont communs. (*Arrêt de la même Cour, du 22 juillet 1820.*) Dans la discussion de cette affaire, on a fait preuve de part et d'autre de beaucoup d'érudition. Les moyens de défense ont été respectivement puisés, dans la législation romaine, dans la jurisprudence des arrêts, et dans la doctrine des plus célèbres commentateurs; on a même fait usage de l'arrêt du 4 janvier 1817, de la Cour de cassation de Bruxelles, que nous avons rapporté plus haut, mais qui était moins applicable à l'espèce que celui du 22 mars suivant, dont nous avons aussi donné l'analyse au chapitre des testamens, et qu'on aurait pu appuyer de l'autorité de *Ricard, Furgole, Grenier*, etc. Mais la Cour a rappelé les vrais principes dont les juges d'appel s'étaient écartés; et, après avoir posé en principe le maintien des dispositions coutumières même après la promulgation de la loi du 17 nivôse, elle a décidé qu'aux termes de la coutume de Bruxelles, le survivant des époux retenant la totalité des biens meubles et réputés tels, qui avaient composé la communauté conjugale et ayant de plus l'usufruit des biens immeubles délaissés par le prédéfunt, il en résultait que le legs du mobilier et de l'usufruit de ses immeubles, que le testateur avait laissés à son épouse, par testament du 24 janvier 1814, était nul d'après la loi 13, au Code de *legatis*, qui porte en termes formels : *proprias tuas res legari vel fidei committi tibi non potuisse certum est*, et que par suite les charges y apposées étaient aussi entachées de nullité, d'où il résultait ultérieurement encore que la loi 16, § 1, au Code de *testamentis*, laquelle ne décide autre chose, sinon que l'héritier testamentaire ou *ab intestat* qui approuve volontairement les legs faits par le défunt et les autres dispositions par lui faites, quoiqu'elles ne soient pas revêtues des formalités nécessaires, est obligé de les accomplir, n'était pas applicable à l'espèce, puisqu'il est question dans ladite loi d'individus qui étant, soit directement, soit indirectement, honorés par le testateur, peuvent aussi être grevés par lui, tandis que l'appelante n'avait pas été qualifiée par son mari, et que c'est un principe de la matière des testamens, *quod nemo possit gravari nisi sit honoratus*. Quant aux trois legs, dont deux étaient acquittés, la Cour a établi qu'en rapprochant la loi, § 1, au Code de *testamentis*, de différens autres textes des lois romaines, et même d'après l'autorité de *Stockmans*, il était manifeste que ce n'est que lorsqu'une disposition a de la connexité avec une autre, que l'exécution de l'une des dispositions impose à l'héritier l'obligation d'accomplir l'autre qui y est liée, et que cette connexité n'existait pas à l'égard des trois legs contentieux.

XXXV. L'héritier bénéficiaire, qui commet des infidélités dans l'inventaire, doit être déclaré non recevable à demander la réduction des legs, comme excédant la quotité disponible, et tenu de les acquitter intégralement. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 16 janvier 1821.*) Cet arrêt est fondé 1^o sur ce que l'inventaire portait tous les caractères de l'infidélité et annonçait le projet formé sciemment de cacher le véritable état de la succession, au préjudice de ceux qui avaient des droits à exercer contre elle, projet qui même avait reçu son exécution autant qu'il avait dépendu des héritiers; et 2^o sur ce que c'était par leur propre fait que les héritiers s'étaient mis dans l'impuissance de pouvoir composer le patrimoine du défunt, de manière à établir que leur réserve légale était enta-

mée par les legs, et qu'ils devaient être réduits *ad legitimum modum*, s'ils se trouvaient excéder le sixième du patrimoine du défunt, et qu'en les déclarant passibles de l'intégralité des legs réclamés, c'était rendre hommage aux principes, qui ne permettent pas aux tribunaux de laisser profiter de la fraude ceux qui s'en sont rendus coupables.

XXXVI. Le legs laissé après la mort de l'héritier est nécessairement conditionnel, si le testateur a substitué un autre au légataire, pour le cas où celui-ci viendrait à mourir avant l'héritier chargé du legs. — Sous l'ancien régime, les principes du droit romain sur cette matière étaient suivis en Belgique. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 25 janvier 1821.*) Le testament qui a donné lieu à cette affaire ayant été ouvert en 1782, a dû être régi d'après le droit romain qui alors avait force de loi dans la Belgique; aussi c'est d'après les principes de ce droit que la Cour a décidé que le terme (*dies*) ajouté au legs, a régulièrement l'effet d'une condition, lorsqu'il est incertain qu'il arrivera pendant la vie du testateur, à moins que la volonté du testateur, qui règle les conditions, n'y soit contraire; qu'il est nécessaire, pour que le terme ajouté au legs ait la force d'une condition suspensive, qu'il soit exprimé dans la même phrase ou proposition, qui constitue la disposition du legs, par exemple : *je lègue, à la mort de mon héritier, 100 fl. à Titius*, parce qu'alors le terme affecte la disposition; mais qu'il en est autrement si le temps est séparé de la disposition, et s'ils forment deux clauses distinctes, par exemple : *je lègue 100 fl. à Titius, qui lui seront payés au décès de mon héritier*, parce qu'en ce cas, la disposition du legs étant parfaite, la clause y ajoutée, concernant le terme, n'a rapport qu'à l'exécution de la disposition.

Cette doctrine de l'arrêt est absolument conforme à la loi 75, ff. de *condit. et demonstr.*, qui contient la maxime élémentaire, *dies incertus conditionem in testamento facit*. Elle est également en accord avec le commentaire de cette règle, porté à la loi 1, § 2, même titre et qui est ainsi conçu : *dies autem incertus est cum ita scribitur : heres meus, cum morietur, decem dato; non diem incertum mors habet ejus; et ideò, si legatarius ante decesserit, ad heredem ejus legatum non transit, quia non cessit dies vivo eo, quamvis certum fuerit moriturum heredem*. Cette doctrine a été très-savamment développée par Voët, A. Sande, Furgole, et dans les temps modernes, par M. Toullier. — Cette doctrine fondée sur des autorités aussi imposantes ne pouvait être attaquée que par des moyens insignifiants.

XXXVII. Lorsqu'un testateur a excepté d'une disposition universelle certains biens dont il s'est réservé de disposer, et qu'il est décédé sans l'avoir fait, ces biens ne passent pas aux héritiers *ab intestat*, mais bien à l'héritier institué. (*Arrêt de la Cour de Liège, du 19 mai 1821.*) Cet arrêt est fondé sur les art. 1044 et 1045 du Code civil, qui contiennent divers principes relatifs au droit d'accroissement dans les successions.

XXXVIII. Lorsqu'un testateur a excepté d'une institution universelle certains biens dont il s'est réservé de disposer, ces biens ne sont pas dévolus aux héritiers du sang, mais à l'héritier institué. (*Arrêt de la Cour de Liège, de mai 1821.*) L'arrêt n'étant pas motivé en droit, il est présumable que la Cour s'est déterminée d'après les principes développés

dans la défense; il est donc utile de les faire connaître. Les premiers juges avaient pensé que, d'après l'exception portée au testament, les légataires ne pouvaient retenir les biens exceptés; qu'ils ne le pouvaient en vertu du droit d'accroissement; et ils se fondaient sur le rapport fait au tribunal, d'après lequel toute l'ancienne théorie du droit d'accroissement se trouve abrogée par les art. 1044 et 1045 du Code civil, et se réduit maintenant aux deux cas prévus par ces articles. On a opposé l'art. 1063 du Code civil, d'après lequel on a prétendu que la loi actuelle avait fait disparaître toutes les distinctions, toutes les nuances admises par l'ancien droit entre la qualité de légataire universel et celle d'héritier, et on a invoqué pour soutenir le legs universel la loi 128, § 1, ff. de reg. jur., qui dit : *hi qui in universum jus succedunt, heredis loco habentur*. La distraction de certains biens de l'institution ou legs universel pour devenir éventuellement l'objet d'une disposition future ne répugne pas au caractère d'universalité; il n'est pas dans son essence de tout comprendre, mais seulement d'attribuer *nomen juris, universum jus defuncti*. En l'absence de parena ayant droit à une réserve, le légataire universel est seul héritier dans le sens le plus absolu; il est saisi de plein droit (art. 1006), il recueille tout l'émolument et supporte toutes les charges; *personam defuncti sustinet*; c'est à lui que les légataires, à titre soit universel, soit particulier, doivent demander la délivrance; d'où il faut conclure que tout ce qui n'a pas été la matière d'une disposition particulière doit rester dans la masse héréditaire, et faire partie du legs universel. Le législateur romain avait, dans une espèce analogue, décidé, par la loi ult., § 2, ff. de aur. et argent. leg., que *Scia* était légataire de la totalité des bijoux, et c'est ce qui l'avait déterminé à lui adjuger ceux qui n'avaient pas eu la destination indiquée par la testatrice. De cette analogie qui est effectivement parfaite, on a induit qu'à plus forte raison, dans l'hypothèse d'un legs universel de tous les biens, l'objet qui n'a été excepté que dans la vue, non réalisée, d'une disposition ultérieure, devait se réunir à la masse, dont il n'avait été que conditionnellement séparé. Si le testateur, ajoutait-on, a renoncé à faire cette disposition, c'est plutôt dans l'intérêt de l'héritier de son choix, que des héritiers légitimes, vis-à-vis desquels il a borné sa libéralité par des legs particuliers, et on fondait ce raisonnement sur la doctrine de *Méan* qui, traitant une question semblable, a dit : *et maxime testamentarium, quia si censetur disposuisse in heredem ab intestato, multò magis præsumitur, in heredem quem testamento scripsit, disposuisse*.

XXXIX. Bien que le testateur ait expressément grevé son légataire à titre universel, du paiement des legs particuliers, le légataire de cette dernière espèce de legs a le droit de diriger sa demande contre les héritiers légaux, à moins toutefois qu'il ne conste que le légataire à titre universel n'ait déjà obtenu la délivrance de son legs à titre universel. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 5 juillet 1821.*) Avant le Code il n'y avait pas de distinction entre le legs universel et le legs à titre universel; tout légataire était obligé de demander la délivrance de son legs à l'héritier *ab intestato* du défunt; mais les nouveaux principes ont changé cette partie de la législation, et aujourd'hui personne n'étant saisi de plein droit en vertu d'un testament, les légataires à titre universel ne sont pas dispensés de la de-

mande en délivrance (art. 1003 et suivans). D'après les art. 1011 et 1014 la demande en délivrance, tant des legs à titre universel que des legs particuliers, doit être dirigée contre les héritiers légaux; si d'après l'article 1017, d'autres que les héritiers peuvent être débiteurs d'un legs, cela ne doit s'entendre que lorsque ces légataires ou gratifiés par le testateur seraient déjà en possession des portions dans la succession, en vertu desquelles ils se trouveraient chargés de ce legs; mais, hors de là, les legs sont régulièrement à charge de la succession dont, à défaut de légataire universel, les héritiers légaux sont saisis.

XL. Lorsque le mari prémourant a légué en pleine propriété un bien à lui appartenant, mais dont il avait, par son contrat de mariage, assuré l'usufruit à sa femme *en cas de survie sans génération*, ce legs est nul quant à l'usufruit, comme legs de la chose d'autrui. — Il en serait encore ainsi, lors même que la femme serait légataire à titre universel de son mari. (*Arrêt de la même Cour, du 17 octobre 1821.*) Le même arrêt a jugé 1° que le legs de la chose de l'héritier légitime ou testamentaire est nul sous l'empire du Code civil; 2° que la femme survivante n'est pas tenue d'opter entre son contrat de mariage et le testament de son mari, si ce dernier acte renferme quelque disposition contraire au premier, et en d'autres termes : qu'elle peut cumuler les avantages résultant de l'un et de l'autre, sans devoir acquitter un legs particulier qui porte atteinte aux droits à elle acquis par son contrat de mariage, dont toutefois les stipulations sont moins avantageuses que les dispositions testamentaires; 3° qu'en acceptant le legs à titre universel en vertu du testament de son mari, en partie dérocatore au contrat de mariage, la femme survivante n'est pas censée avoir renoncé à cette portion de ses droits contractuels à laquelle le testament porte atteinte.

En rapportant plus haut un arrêt rendu par la Cour de cassation de Bruxelles, le 4 janvier 1817, nous avons fait remarquer que la jurisprudence de cette Cour sur la question de la nullité du legs de la chose d'autrui n'était pas fixée, puisque, par un arrêt postérieur, elle avait jugé en sens contraire. C'est l'arrêt que nous rapportons aujourd'hui. A la vérité la question est très-controversée en France comme dans les Pays-Bas. L'arrêt du 4 janvier 1817 avait été rendu sur les conclusions conformes et très-savamment discutées par le procureur-général *Daniels*, et il a pour lui l'autorité de M. *Toullier*; mais la Cour de cassation de France, par un arrêt du 19 mars 1822, et la Cour de Bruxelles par celui du 17 octobre précédent ont décidé le contraire. Cette question ne pourra être irrévocablement décidée que par un arrêt de la haute Cour. Du reste l'arrêt dont nous nous occupons a résolu des questions qui ne sont pas moins importantes. Il a décidé en principe : 1° que le lien qui dérive d'une convention conditionnelle ne peut pas plus être rompu par les parties que celui qui a son origine dans une convention pure, et que lorsque la condition arrive, elle a un effet rétroactif au temps du contrat; et qu'ainsi le droit qui résulte d'une convention matrimoniale conditionnelle, lorsque la condition existe, est censé avoir été acquis dès l'instant du mariage, d'après les lois 18 et 144, § 1, ff. de R. j.; 11, ff. qui potiores in pignore; 8, ff. de periculo et commodo rei vendita; 2° que l'art. 2021 du Code statue en

termes généraux et indéfinis, sans aucune exception, que le legs de la chose d'autrui est nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas, de sorte qu'il est évident que le legs de la chose de l'héritier qui, selon le droit romain, était valable, encore que le testateur n'eût pas connu qu'elle ne lui appartenait pas, est compris dans la règle générale consacrée par l'art. précité, laquelle imprime, dans tous les cas, le caractère de nullité au legs de la chose d'autrui, sous laquelle expression générique est évidemment comprise la chose de l'héritier; 3^e que les lois 198, ff. *de bonor. posses. secundum tab.*; 6, § 2, ff. *de hered. instit.*, et 49, ff. *cod. tit.*, consacrent le principe élémentaire, qu'il y a deux époques à considérer pour régler le sort des dispositions de dernière volonté, celle de la confection du testament, et celle de la mort du testateur; 4^e que l'héritier institué qui a adié l'hérédité, n'est pas assujéti à l'accomplissement des dispositions irrégulières ou illégales du testateur, lorsqu'il ne les a pas reconnues et approuvées de son propre mouvement, d'autant que la loi 55, ff. *de legatis* 1^o, dit nettement, sans aucune distinction, que le pouvoir du testateur doit toujours être soumis à la puissance de la loi, à laquelle il ne peut se soustraire : *nemo potest in testamento suo cavere ne leges in suo testamento locum habeant*; que ce n'est pas seulement quand il s'agit du droit public que cette règle doit être suivie, mais encore, quoique les lois n'aient pas le bien ou le droit public pour objet, d'après la loi 27, ff. *ad legem falcidiam*; que, d'autre part, le quasi-contrat qui intervient dans l'adition d'hérédité entre l'héritier et les légataires, lequel est le principe des obligations qu'il contracte envers eux, et qui est une créature de la loi, ne peut évidemment pas faire naître en lui l'obligation d'accomplir des legs que la loi elle-même frappe de nullité; qu'au surplus il est certain que, sous l'empire du Code civil, l'exécution d'un testament n'empporte approbation que relativement aux vices qui tiennent à la forme.

XLI. Les termes de l'art. 2021 du Code civil sont généraux, et ainsi dans le sens de cet article, le legs que le testateur fait de la chose de son héritier ou de son légataire, soit qu'il ait ou non ignoré que cette chose ne lui appartenait pas, est le legs de la chose d'autrui. Un pareil legs ne pourrait être valable qu'autant qu'il serait fait comme condition expresse de l'hérédité ou du legs principal; et par application à l'espèce : le legs fait à un tiers par un mari, d'une rente qui lui était commune avec sa femme, qu'il institue d'ailleurs légataire universelle, est nul comme legs de la chose d'autrui. Ce legs ne peut pas être considéré comme une charge ou une condition du legs universel, lorsque cela n'est pas formellement exprimé. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 19 mars 1822.*)

XLII. Le legs de tout l'argent comptant ne comprend pas l'argent que le testateur a reçu en qualité de mandataire pour en faire la remise à un tiers. Il ne comprend pas non plus les sommes reçues par le testateur comme receveur de différens particuliers. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 15 mai 1822.*) Nous avons déjà rendu compte d'un arrêt de la même Cour, qui a jugé dans le même sens, le 9 juin 1815, et nous avons rapporté à ce sujet la doctrine de Wynants qui fait autorité. L'arrêt dont nous nous occupons n'a fait que confirmer cette jurisprudence, en rappelant le principe consigné dans la loi 9, ff. *de hereditibus instituendis*, que deux choses sont

essentielles pour la validité de toute disposition testamentaire, savoir : *verba et voluntas*, et en reconnaissant que les mandans du testateur ayant contre ses héritiers l'action nommée dans le droit romain, *actio mandati directa*, en reddition de compte, il n'avait pas voulu distraire de son hérité les sommes que les héritiers devaient restituer à ses mandans, d'après la disposition formelle de la loi 30, § 4, D. de *legatis* 3^o.

XLIII. La soustraction, par un légataire, d'effets de la succession, ne peut pas donner lieu à la révocation du legs, s'il n'est pas établi qu'elle a eu pour but ou aurait eu pour résultat de porter atteinte à la mémoire du défunt. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 25 juin 1822.*) La Cour royale de Paris, en établissant un principe général et universel qui décidait le contraire, avait créé une cause d'indignité qui n'est pas admise par la loi, et la Cour suprême a rendu hommage aux vrais principes en se fondant sur les art. 955 et 1047 du Code civil, pour déclarer 1^o que toutes les causes de révocation des donations entre vifs et testamentaires, pour cause d'ingratitude ou d'indignité, énoncées au Code civil, ne sont relatives qu'aux délits et aux injures graves, dont le donataire ou le légataire s'est rendu coupable envers le donateur, envers le testateur ou *sa mémoire*, et que, dans aucun des articles du Code, les délits qui ne préjudicient qu'aux héritiers du donateur ne sont rangés au nombre des causes de révocation des donations et des legs; 2^o que la spoliation qui préjudicie aux héritiers ou autres ayant droit à une succession ne pourrait devenir une cause de révocation d'un legs, qu'autant que le but ou l'effet de cette spoliation aurait été de porter atteinte à la mémoire du testateur.

XLIV. L'exemption du droit de succession en ligne directe ne peut pas être invoquée par un enfant naturel, quant à ce qu'il recueille par testament de l'un de ses aïeux. — Lorsque la déclaration n'a pas été faite dans le délai prescrit, le recouvrement du droit et de l'amende, en raison du legs fait à l'enfant naturel, doit être poursuivi contre les héritiers saisis de la succession, et subsidiairement seulement contre le légataire, *enfant naturel*. (*Décision du 8 juillet 1822.*)

XLV. Au pays de Looz, et par application de la coutume de Liège, le testament par lequel le testateur disposait d'un fief, sans octroi préalable du seigneur, était nul. — L'octroi postérieur de deux jours ne validait pas ce testament s'il ne le mentionnait pas expressément. (*Arrêt de la Cour de Liège, du 20 juillet 1822.*)

XLVI. Le successible qui renonce à la succession pour s'en tenir à un legs doit payer le droit de dix pour cent sur son legs, comme s'il n'était pas parent du défunt. (*Décisions des 16 septembre et 8 octobre 1822.*) Ces décisions sont fondées sur le principe que celui qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier d'après l'art. 787 du Code civil.

XLVII. Lorsque le droit dû sur un legs a été perçu, et qu'ultérieurement l'héritier cède au légataire en acquit de ce legs *des immeubles, des meubles et des créances*, il y a lieu de percevoir le droit de vente sur la valeur de ces objets, suivant leur nature. — Le paiement du droit fixe de 80 cents, comme pour délivrance de legs, serait insuffisant. (*Décision du 18 septembre 1822.*)

XLVIII. Deux décisions des 5 mai et 1^{er} septembre 1819 avaient statué

que les pensions, rentes viagères et rétributions périodiques, léguées par le défunt, ne peuvent pas être déduites du restant net de la masse, comme les legs des sommes fixes, et que le droit de succession doit être perçu sur le capital de ces pensions, calculé d'après les bases établies par l'art. 19 de la loi, indépendamment de ce que les héritiers ont à payer du chef de leur portion héréditaire. Nous ne rapportons ces décisions que parce que les principes sur lesquels elles sont fondées, ont été consacrés par deux arrêts de la Cour de Bruxelles, dont nous allons rendre compte.

Par le premier, la Cour a considéré, 1^o que la charge viagère dont le legs était grevé n'avait point l'effet d'entamer le droit de propriété, qu'elle en modifiait seulement la jouissance, en l'affectant au service des pensions viagères, fixées à la moitié des revenus de la rente perpétuelle, intégralement recueillie et acquise par celle qui était seule titulaire de la propriété; 2^o que l'art. 18 de la loi du 27 décembre 1817, qui autorise la déduction des dettes et charges pour déterminer le montant du droit de succession, renvoie à l'art. 12 où les objets de ces déductions se trouvent bornés aux cinq espèces y énoncées; que parmi ces espèces ne sont pas comprises les pensions viagères qui grevent la jouissance d'une rente constituée en perpétuel, et qui consistent dans la moitié des revenus annuels de la rente, pendant la vie de ceux qui en ont été gratifiés; 3^o que si l'art. 19 établit le calcul d'un capital d'après l'échelle de longévité présumée, dont le développement se trouve à l'art. 11, ces dispositions ont principalement pour but de régler le montant du droit de succession, payable par le légataire viager, envers le trésor, sans qu'il en résulte une déduction en faveur du propriétaire, dont la jouissance est maintenant restreinte, et que c'est dans ce sens que l'art. 20, en évaluant l'usufruit à la moitié, pour le paiement qui pèse sur l'usufruitier, ne diminue en rien l'obligation du légataire de la propriété nue, de payer le droit de succession sans déduction, lorsque l'usufruit viendra à s'éteindre. (*Arrêt du 29 novembre 1822.*)

XLIX. Par le second arrêt, la Cour a posé ce principe : 1^o que le legs d'une rente viagère est une délimitation de l'usufruit qui, aux termes de l'art. 610 du Code civil, doit être acquitté par l'usufruit, d'où il suit que ce legs ne diminue pas le droit de propriété recueillie par celui qui en est privé, à moins que la hauteur de la rente viagère n'excède celle du bénéfice usufructuaire de la partie de succession recueillie par ce légataire; 2^o qu'il résulte de la combinaison de l'art. 2 avec les art. 1 et 18 de la loi du 27 décembre 1817, que les héritiers, légataires et donataires, doivent payer chacun le droit de succession sur la valeur de ce qu'il recueille ou acquiert; 3^o que si le législateur, dans l'art. 19 de la même loi, a ordonné la capitulation des rentes exigées d'après ce qui est déterminé à l'art. 11, cette disposition a eu pour but de fixer le montant du droit de succession à payer par le légataire de la rente viagère, pour la durée présumée de la jouissance qui lui est léguée, et nullement d'autoriser la déduction de ce capital de la totalité de la succession, d'autant plus que cette succession étant réellement et intégralement recueillie par le légataire universel, il est juste qu'il paie en entier le droit de succession pour la transmission actuelle opérée en sa faveur, de tous les biens de la succession, quoique temporairement grevés de la charge d'une rente viagère. (*Idem.*)

D'après ces deux arrêts, les décisions de l'administration font jurisprudence.

L. La renonciation gratuite au droit d'accroissement, qu'avait un légataire par le décès de son co-légataire, ne peut pas être considérée comme une donation, en ce sens qu'elle puisse être révoquée tant qu'elle n'a pas été acceptée *en termes exprès*. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 12 novembre 1822.*)

LI. Lorsqu'un testament est argué, il y a lien de nommer un dépositaire des titres, papiers et effets de la succession, nonobstant l'envoi en possession du légataire universel. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 21 novembre 1822.*) Nous parlerons avec plus d'étendue des motifs de cet arrêt, lorsque nous traiterons de la procédure civile à laquelle il se rattache plus particulièrement, à cause du séquestre et de la nomination d'un notaire, qui étaient demandés en exécution des art. 935 et 943 du Code de procédure.

LII. Les legs faits par l'adoptant aux enfans de l'adopté doivent être considérés comme faits en ligne directe, et passibles seulement du droit proportionnel dont l'art. 69, § 3, n° 4, de la loi du 22 frimaire an 7, frappe ces sortes de libéralités, et ne sont pas soumis au droit réglé par le n° 2, § 8, du même article, pour les mutations par décès qui ont lieu entre collatéraux ou entre personnes non parentes. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 2 décembre 1822.*) Nous donnerons les motifs de cet arrêt au 4^e volume, chapitre de l'adoption.

LIII. Le legs fait par un testateur aux frères et sœurs de feu son épouse, et en cas de décès à leurs enfans par représentation, ne profite pas seulement aux enfans des frères et sœurs qui étaient décédés à l'époque du testament, mais aussi aux enfans des frères et sœurs alors vivans. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 9 janvier 1823.*) La Cour avait aussi à prononcer, dans cette affaire, sur la différence qui existe entre le legs conditionnel et celui fait avec certaines charges, et sur la question de savoir si la fausseté de la cause ou du motif emporte la caducité du legs. Elle a puisé ses décisions, à cet égard, dans les lois romaines, et a considéré, par application de ces lois à l'espèce qui lui était soumise : 1^o que les termes de la clause d'où le legs prenait sa source : *MOYENNANT quoi ils devront se contenter pour ce qui regarde les prétentions, etc.*, ne contenaient ouvertement ni condition ni restriction qui affectassent le legs, mais qu'ils caractérisaient seulement un legs nommé dans le droit romain, *legatum sub modo relictum*; 2^o qu'il était notoire en droit, *quod modus non suspendat legatum ad quod admittitur legatarius, antè quàm modum impleverit*, d'où la conséquence que les appelans avaient droit au legs, soit qu'ils eussent ou non droit dans les successions, et qu'ayant accepté le legs, ils étaient seulement tenus à ne pas former de demande ni de prétention à l'égard desdites successions; 3^o que, supposât-on la cause déterminante de la volonté du testateur, avoir été, quant au legs en litige, qu'il eût été dans la croyance que les légataires avaient des droits fondés auxdites successions, ce legs ne serait cependant pas nul d'après le § 31, *inst. delegat.*, et la loi 72, § 6, *ff. de cond. et dem. falsa causa non vitiat legatum, nisi heres probare possit testatorem non fuisse legaturum, si scivisset causam quam expressit esse falsam*; 4^o enfin, que rien ne prouvait que le testateur n'eût pas fait ce legs, s'il eût su que les légataires

n'avaient aucun droit dans la succession; d'où il résulte que les appelans ont qualité pour demander le legs contentieux.

LIV. L'art. 1024 déclare que le légataire à titre particulier n'est pas tenu des dettes de la succession, sauf l'action hypothécaire des créanciers; en conséquence, ce légataire peut contraindre l'héritier bénéficiaire à lui faire la délivrance d'un legs déterminé, nonobstant l'opposition des créanciers. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 20 janvier 1823.*) Cet arrêt est particulièrement fondé sur l'art. 803 du Code civil, d'après lequel l'héritier bénéficiaire est chargé d'administrer les biens de la succession, et doit rendre compte de son administration aux créanciers et aux *légataires*, et sur cette considération que l'opposition, formée par les créanciers intervenans, ne peut-être considérée que comme une mesure conservatoire.

LV. Une constitution de rente et un legs d'acquêts immenbles, faits en Hainaut avant le Code civil, par un homme marié en faveur de sa concubine, sont nuls, surtout si, par son contrat de mariage, la femme, en cas de survie, avait droit à la totalité des meubles, cateux et effets mobiliers. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 19 février 1823.*) Les considérations qui ont motivé cet arrêt sont entièrement puisées dans la morale. Les libéralités exercées envers les concubines sont, en général, le fruit de l'obsession ou la récompense du vice; dans toutes les législations elles ont toujours été plus ou moins sévèrement prosrites. Celle du Hainaut n'avait pas à cet égard une disposition positive, mais d'après les jurisconsultes les plus recommandables, et notamment *Meyer, Chystin, A. Sande, Voët*, sa législation à cet égard était celle des Romains. On a invoqué l'édit de *Charles-Quint* de 1540, mais l'induction qu'on en a tirée est si contraire à la saine logique et à la loi, qu'il est inutile d'en parler. On peut à la vérité argumenter du silence du Code, mais cette conséquence doit être renfermée dans de justes bornes, et ne doit pas s'étendre jusqu'à déposséder une épouse légitime pour avantager une concubine, notoirement adultère, vu qu'un tel principe serait une injustice révoltante, en même temps qu'on encouragerait au crime.

LVI. Lorsqu'il y a doute ou incertitude relativement au point de savoir si le légataire d'une rente viagère avait ou non commencé sa soixante-sixième année au moment du décès du testateur, le droit de succession doit être perçu comme si l'affirmative était établie, ce cas présentant le plus de faveur pour le redevable. (*Décision du 23 mars 1823.*) Cette décision est fondée sur ce que, dans le doute, les lois financières doivent s'appliquer en faveur des contribuables.

LVII. Le légataire à titre universel qui néglige de demander la délivrance, n'est point recevable à agir en nullité de l'expropriation forcée. Il doit être censé possesseur à l'égard du créancier poursuivant. En d'autres termes : le légataire à titre universel peut être réputé saisi des biens légués, en ce sens qu'ils puissent être expropriés sur lui, quoiqu'il n'ait jamais formé de demande en délivrance; et notamment le légataire de cette espèce qui, sur des poursuites en expropriation des biens de la succession, formées en vertu du jugement qui le condamne en qualité d'héritier bénéficiaire, a demandé et obtenu de vendre volontairement, et qui ultérieurement a laissé consommer l'expropriation, ne peut, sur l'appel du jugement d'adjudication, se faire un moyen de nullité, de ce que, n'ayant jamais demandé,

ni obtenu la délivrance de son legs, les poursuites auraient été irrégulièrement dirigées contre lui. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 20 octobre 1821.*) L'appel n'était fondé que sur le fait que, la demande en délivrance des legs n'ayant jamais été faite, et par conséquent les légataires n'ayant jamais eu la possession des biens légués, les poursuites et l'adjudication se trouvaient frappées de nullité; mais les moyens puisés dans les art. 711, 803, 806, 1011 et 1014 du Code civil, et dans lois 173, 192 et 199, de R. j., et 25, § 8, ff. de petit. hered. étaient déterminans, et ont dû fixer l'opinion de la Cour.

LVIII. Le legs fait par un testateur à un tel, son neveu (*par alliance*) et à son épouse, et en cas de prédécès, au survivant est passible du droit de dix pour cent sur la moitié, censée léguée à celui des époux, non parent du testateur, bien qu'il y ait entre ces époux communauté de biens illimitée. (*Décision du 20 octobre 1823.*)

LIX. Il n'est pas dû de droit de succession sur le legs d'un usufruit éventuel. — Les capitaux de rétributions périodiques, légués par le testateur, ne doivent pas être considérés comme une charge de la succession, à déduire de la masse pour la liquidation du droit de succession. — Les dispositions en faveur des exécuteurs testamentaires doivent être considérées, non comme un salaire, mais comme de véritables legs, dont les droits sont à la charge des exécuteurs testamentaires, bien que le testateur y ait apposé la condition suivante : *pourvu qu'ils acceptent la fonction.* (*Arrêt de la Cour de La Haye, du 23 janvier 1824.*) Cet arrêt, quant aux rétributions périodiques, est fondé sur ce qu'elles doivent être considérées comme des charges qui, tout en frappant les héritiers, après l'adition d'hérédité, ne retraitsent cependant aucun capital de la succession, et qu'elles ne font que réduire une partie de l'actif en un capital mort, dont les héritiers ne retirent aucun avantage pendant la vie des avantagés, mais dont ils ne conservent pas moins la propriété; et quant aux exécuteurs testamentaires, il n'a consulté que les expressions littérales du testament qui ne laissent aucun doute sur la nature de l'institution.

LX. Lorsqu'un testateur, décédé avant le 31 décembre 1817, avait légué un usufruit à plusieurs personnes, avec clause de réversibilité des uns aux autres, jusqu'au dernier vivant, le décès de chacun des usufruitiers, arrivé sous l'empire de cette loi, donne lieu à un droit. (*Arrêt de la même Cour, du 16 avril 1824.*) Cet arrêt est fondé sur les art. 1, 17 et 20 de la loi du 27 décembre 1817, mais la conséquence du système qu'il est dû un droit au décès de chaque co-légataire a paru effrayante, et à cette occasion on a fait cette question : si les co-légataires n'étaient pas parens entre eux et décédaient successivement *ab intestat*, pourrait-on dire que les survivans recueilleraient l'accroissement d'usufruit dans la succession des prédécédés ? On doit désirer que cette question, si elle se présente, soit résolue par l'administration, ou par les tribunaux.

LXI. La disposition de l'art. 1038 du Code civil, d'après laquelle l'aliénation par le testateur de tout ou partie de la chose léguée emporte révocation du legs, n'est applicable qu'aux legs d'un corps certain ou d'une chose déterminée, et non au legs universel. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 17 mai 1824.*) La Cour a aussi considéré qu'on avait fait une fausse application de l'art. 1003, en ce que le legs universel n'est point

une disposition par laquelle le testateur donne l'universalité des biens qu'il possède au moment de l'institution, mais seulement l'universalité des biens qu'il laissera le jour de son décès, et que dès lors, les diverses dispositions que le testateur peut faire de ses biens, pendant sa vie, postérieurement à son testament, soit par vente, soit par donation, diminuent sans doute les avantages qui auraient pu résulter pour le légataire de son legs universel, mais ne sont point une preuve que le testateur ait changé de volonté à son égard, et ne sauraient par conséquent entraîner la révocation du legs universel, qui n'a point pour objet les biens actuellement en la possession du testateur, mais qui se réfère uniquement à la somme éventuelle et indéterminée de tous les biens qu'il possèdera au temps de sa mort.

LXII. On pouvait disposer par testament, au moins à concurrence d'un tiers des fiefs ressortant de la Chambre légale de Flandre, sans octroi du souverain ou consentement de l'hoir féodal. — S'il avait disposé du tout, la disposition était seulement réductible. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 3 juillet 1824.*) La Chambre légale de Flandre n'avait pas de coutume particulière, mais les fiefs en ressortant devaient suivre les coutumes de leur situation, et à défaut d'icelles les coutumes et usances de Flandre. Cet usage est non-seulement conforme à l'art. 13 de l'édit perpétuel de 1611, et à la jurisprudence suivie en cette matière, mais il est confirmé par un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 15 février 1813, et par l'arrêt de la Cour de cassation, du 30 octobre 1815, tous deux rendus entre parties, concernant la prétention des appelans aux fiefs d'Alost et du franc de Bruges; or, d'après les art. 2 et 3 de la rubrique 28 de la coutume de Gaud, on pouvait disposer par testament d'un tiers perpétuel aussi bien d'un fief que d'un héritage, et d'autres immeubles et des meubles, et cela sans octroi ou consentement de l'hoir féodal, et sans distinction si ces biens étaient d'anciens fiefs de souche, ou si c'était de nouveaux fiefs. Il était également indifférent que le testateur eût disposé de plus du tiers de son fief, puisque, dans ce cas, la disposition se bornait à un tiers, comme l'enseigne *Vandenhave*, à l'art. 2 de la rub. 28: *dispositio enim testamentaria quæ tertium bonorum excedit, vitiatur duntaxat in excessu.*

LXIII. La clause d'un testament, par laquelle le testateur déclare léguer l'usufruit de sa succession, que l'héritier de la nue-propriété sera tenu de délivrer au légataire, à concurrence de 4 pour cent par an du montant net de la succession après liquidation, doit être considérée, quant au droit de succession, comme legs d'une rétribution périodique, et non comme legs d'usufruit. (*Décision du 31 janvier 1825.*)

LXIV. Si le légataire de l'usufruit fait cession de tous ses droits à l'héritier institué dans la nue-propriété, avant d'avoir demandé la délivrance de son legs, cette cession n'est pas passible du droit fixe d'un fr. (80 cents) conformément à la disposition de l'art. 15 de la loi du 22 frimaire an 7, mais elle doit le droit proportionnel. — Dans le même cas, l'usufruitier n'est pas fondé à demander le droit de succession perçu sur le droit d'usufruit, sous le prétexte qu'à défaut de demande en délivrance il n'a jamais été en possession de son legs. (*Décision du 23 mars 1825, conforme à la jurisprudence consacrée par jugemens du tribunal de Liège, des 15 mars 1824 et 31 janvier 1825.*)

LXV. La déclaration faite dans son testament par le survivant des époux, que le prédécédé avait emprunté une somme..... pour l'achat d'une maison (somme que le prêteur a donnée depuis à l'un de leurs enfans) et qu'en conséquence il lègue à cet enfant la faculté de prendre cette maison, au cas où elle existerait encore au temps du décès et où la somme ne serait pas payée, doit être considérée comme une reconnaissance de dette, soit au profit de l'enfant, soit au profit du prêteur au cas où la donation serait contestée, et par suite, donner lieu au droit d'un pour cent. (*Décision du 9 février 1825.*)

LXVI. Les choses léguées à titre d'*alimens* peuvent être saisies par les créanciers du légataire, pour dettes postérieures à l'ouverture du legs, quoique le testateur y ait apposé la condition qu'elles ne pourraient être saisies par les créanciers du légataire, *présens* ou *futurs*. Dans le cas où il s'agit d'un revenu variable, si ce revenu venait à diminuer, de manière que, prélèvement fait de la somme pour laquelle la saisie a été permise, le surplus fût insuffisant pour l'alimentation de la partie saisie, celle-ci pourrait demander la réduction de cette somme, nonobstant l'arrêt qui l'aurait fixée. (*Arrêt de la Cour de cassation de France, du 15 février 1825.*) Cet arrêt est fondé sur l'art. 582 du Code de procédure, qui a fait exception au principe posé par l'art. 581.

LXVII. Au pays de Liège et sous l'empire de la réformation de Groesbeck, pour qu'un testament olographe conférât hypothèque, il était indispensable qu'il contiât pouvoir de le faire réaliser, ou qu'il fût approuvé en justice, ou que le légataire eût été en possession de la chose léguée pendant cinq ans. — Dans le cas où il y aurait eu possession quinquennale, l'inscription prise en vertu du testament est nulle, si cette possession n'a pas été mentionnée dans les bordereaux. — L'art. 1017 du Code civil, qui donne au légataire un droit d'hypothèque sur les immeubles de la succession n'autorise pas le légataire à prendre inscription, lorsqu'il s'agit d'une succession ouverte antérieurement à la promulgation du Code. (*Arrêt de la Cour de Liège, du 10 mars 1825.*)

LXVIII. La déclaration de succession et le paiement du droit, de la part de la femme survivante, n'emportent pas nécessairement dans son chef, acceptation de la succession, sur le pied du testament de son mari, et par suite renonciation aux droits que lui donne son contrat de mariage, et auxquels ce testament porte atteinte. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 20 avril 1825.*) Il s'agissait, dans l'espèce, d'un legs de 4000 fl. dont le mari, par son testament, avait grevé son épouse survivante au profit de ses héritiers, et qui devait leur être payé six semaines après sa mort.

LXIX. Le légataire universel qui demande contre les héritiers du sang la levée des scellés et la mise en possession de la succession doit être déclaré non recevable, par cela seul que l'expédition du testament qu'il leur a fait signifier n'est pas délivrée en forme exécutoire. (*Arrêt de la Cour de Liège, du 10 janvier 1826.*) Cet arrêt est fondé sur ce que cette nullité de forme dans le premier acte de la procédure (art. 545 du Code), vicie tous les autres qui l'ont suivi.

LXX. On demandait la nullité d'un testament, portant disposition universelle, et on revendiquait des biens en vertu de la règle *paterna pa-*

ternis, mais on a opposé que pour pouvoir faire cette revendication il fallait absolument, aux termes de l'art. 291 de la coutume de Bruxelles, descendre en ligne directe de celui à qui les biens avaient appartenu, et en d'autres termes : que la coutume de Bruxelles était souche ; et la Cour a consacré cette jurisprudence, en déclarant que la règle ci-dessus était admise en Brabant et qu'elle y avait lieu sous toutes les coutumes qui ne l'excluaient point ; que cette règle était envisagée comme souche par lesdites coutumes, c'est-à-dire, que l'on devait représenter avec le défunt, la même souche dont on prétendait que les biens étaient issus ; que les coutumes de Bruxelles étaient formelles sur ce point dans l'art. 291, dont la disposition avait été toujours envisagée comme souche, tant par son contenu que suivant une jurisprudence constante, au témoignage de *Christyn*, qui s'exprime ainsi : *in verbis hodiè (prout pluriès jam turbatum et decisum est) non censetur alia bona paterna quàm quæ descendunt à communi stipite in linea rectâ.*

CHAPITRE III.

DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES.

L'exécution testamentaire était inconnue dans le droit romain. — Motifs de son introduction.

326. On remarque dans le corps du droit romain, quelques lois qui indiquent que le défaut d'établissement de l'exécution testamentaire, était une véritable lacune dans cette législation.

On prend cette idée dans la loi 28, au Code *de episcopis et clericis*, dans la loi 3, § 1^{er}, *communis de legatis*, mais surtout dans l'authentique *hoc amplius*, au Code *de fideicommissis*. *Hoc amplius*, y est-il dit, *qui defuncti iudicium lege non representatum monitus à iudice intra annum non implet, excluditur eo quod præter debitum naturale perceperit ex eodem iudicio*. Ces lois apprennent que l'autorité des juges, et même des évêques, selon la nature des legs, pouvait intervenir, afin de forcer les héritiers à l'exécution des legs. Un des sentimens qui honorent le plus, est le respect pour la mémoire de ceux auxquels on succède, surtout lorsque c'est à titre de bienfait. Le désir qu'ont les

hommes en général que leurs volontés soient exécutées après leur mort, est déjà un puissant véhicule pour qu'ils exécutent celles des défunts.

Ce fut pour remédier à la négligence ou à la mauvaise foi de certains héritiers, qui auraient même pu éluder les dispositions pénales établies dans le testament, que l'exécution testamentaire fut introduite. On en trouve un exemple dans la 68^e des Novelles de l'empereur Léon, qui ne font point partie du droit romain proprement dit. « *Quibus testatores, » bonâ illorum existimatione moti, testamentarias de re- » bus suis præscriptiones committunt.* » On trouve des vestiges de cet usage dans Beaumanoir, *Coutume de Beauvoisis*, chap. 12, page 67, édit. de 1690, à la suite des *Assises de Jérusalem*; dans la *Somme rurale* de Bouteiller, liv. 1^{er}, tit. 20, pag. 90, édition de 1611; et dans Duluc, liv. 9, tit. 7, art. 4, qui cite à ce sujet un arrêt de l'an 1577. Baluze, *Histoire générale de la maison d'Auvergne*, tom. 2, page. 337, rapporte le testament de Beraud de Mercœur, 7^e du nom, de l'an 1514, dans lequel on le voit se nommer plusieurs exécuteurs testamentaires. *Hujus autem meæ ultimæ voluntatis executores meos, sive commissarios speciales, mihi constituo et ordino venerabiles, etc.* Enfin plusieurs Coutumes consacrèrent cette institution par des dispositions précises; en sorte qu'on peut la considérer comme étant de l'invention du droit français.

L'exécution testamentaire tient à la nature du mandat.—

Elle n'est point une fonction publique. — Conséquences de ces principes.

527. Il y a sur cette matière deux principes essentiels à poser.

Le premier est que l'exécution testamentaire tient à la nature du mandat. C'est une des exceptions à la règle générale qui veut que le mandat finisse à la mort du mandant. Il est dans la nature et dans l'objet du mandat en question, qu'il ne commence qu'à la mort de celui qui le donne; mais les principes relatifs au mandat ne s'y appliquent pas moins. C'est ce qu'explique très-bien Furgole, *des Testaments*,

chap. 10, sect. 4, n° 14. Il prend des exemples de cette exception dans les lois romaines concernant le mandat.

Il suit de là que l'exécution testamentaire doit s'exercer gratuitement, sauf l'acquittement du legs que le testateur peut faire à celui qu'il charge de cette fonction. Mais il est bien entendu que le legs ne pourrait attaquer les réserves affectées à certains héritiers, et que pour laisser les réserves intactes, il serait sujet à la même réduction que les autres legs.

Il se tire encore, de ce principe, la conséquence que l'exécuteur testamentaire doit, comme tout autre mandataire, se renfermer dans les bornes de sa mission, et qu'il serait responsable envers les héritiers, de tout excès ou abus de pouvoirs qui lui auraient été donnés.

Le second principe est que l'exécution testamentaire n'est point une fonction publique, mais seulement une fonction d'ami.

De ce second principe, il résulte que tout individu peut remplir cette fonction, quoiqu'il ne pût exercer des fonctions publiques; elle peut, par conséquent, l'être par les femmes, sauf les modifications dont il sera parlé dans la suite.

Il en résulte encore que nul ne peut être forcé à accepter la fonction d'exécuteur testamentaire. Cependant celui auquel elle aurait été déférée, et auquel le testateur aurait en même temps fait un legs, devrait être privé de ce legs, si l'on apercevait qu'il eût été dans l'intention du testateur que le legs ne fût acquitté, qu'autant que la charge serait acceptée.

Cas dans lequel l'exécuteur testamentaire ne peut refuser de remplir la mission à lui donnée.—Quand peut-il être dispensé de la continuer?

328. Il y a néanmoins deux cas dans lesquels l'exécuteur testamentaire ne pourrait refuser de remplir la mission qui lui aurait été donnée.

Le premier serait, s'il lui avait été fait un legs sous la condition qu'il remplirait cette fonction, et qu'il eût accepté le legs. Car ayant accepté ce legs, il se serait imposé

l'obligation de remplir la condition sous laquelle il aurait été fait.

Le second cas serait celui où il aurait déjà commencé les fonctions d'exécuteur testamentaire. C'est une suite de la règle puisée dans la loi 17, § 3, ff. *commodati*. *Voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare*; ce qui revient à ce qui est dit dans l'art. 1984 du Code, que le contrat se forme par l'acceptation du mandataire.

Pendant on pourrait dispenser l'exécuteur testamentaire de continuer ses fonctions, s'il ne pouvait le faire sans qu'il en résultât un grand préjudice pour lui : *Aut si redundet in eum captio qui suscepit mandatum*, est-il dit dans la loi 22, § dernier, ff. *mandati*. On peut encore tirer la même induction de l'art. 2007 du Code, qui admet la renonciation au mandat même accepté, si le mandataire se trouve dans l'impossibilité de le continuer sans en éprouver lui-même un préjudice considérable.

Dispositions du Code civil, sur l'exécution testamentaire.

329. Les Coutumes variaient, en plusieurs points, dans leurs dispositions relatives à l'exécution testamentaire. Dans la nouvelle législation, on a choisi celles qui méritaient la préférence; et l'uniformité de législation en cette partie, comme dans les autres, est une seconde amélioration non moins importante.

Le testateur peut nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires. Art. 1025.

S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient accepté, un seul pourra agir au défaut des autres; et ils seront solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions, et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée. Art. 1033.

L'exécution testamentaire étant un mandat qui ne lie que celui qui l'a accepté, et ce mandat étant l'effet de la confiance du testateur en celui auquel il l'a adressé, on sent qu'il est dans la nature de ces fonctions, d'être personnelles. En conséquence, les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire

ne passent point à ses héritiers. Art. 1032. Et il ne peut substituer à sa place tout autre individu, s'il n'y est autorisé.

De la saisine donnée à l'exécuteur testamentaire. — Comment l'héritier peut la faire cesser. — Quand peut-elle durer au delà de l'an et jour. — Lequel de l'exécuteur testamentaire ou de l'héritier, a le droit de faire procéder à l'inventaire.

330. Comme l'exécution testamentaire a pour objet l'exécution des volontés du testateur, mais surtout l'acquittement des legs qu'il a faits, il devenait indispensable d'en procurer les moyens à l'exécuteur testamentaire.

C'était pour y parvenir que les Coutumes lui donnaient, pendant l'an et jour, une saisine qui était plus ou moins étendue. Ce délai était le même qui est rappelé dans deux des lois romaines que j'ai citées : on pensait qu'il suffisait pour que l'exécuteur testamentaire pût exécuter les volontés du testateur.

Mais notre législation établit à cet égard une différence qu'il est important de saisir. Elle ne donne point cette saisine indéfiniment. Il est dit, dans l'article 1026, que le testateur pourra donner à l'exécuteur testamentaire la saisine du tout ou seulement d'une partie de son mobilier ; mais elle ne pourra durer au delà de l'an et jour, à compter de son décès. Il est ajouté que si le testateur n'a point donné cette saisine à l'exécuteur testamentaire, il ne pourra l'exiger.

Cette disposition rentre plus dans les principes relatifs à la nature de cette fonction. Elle est un mandat : l'exécuteur testamentaire tient tous ses droits de la volonté du testateur ; il ne doit donc les exercer que de la manière dont le testateur l'a voulu.

Cependant s'il n'a pas accordé une saisine à l'exécuteur testamentaire, il ne faut pas moins que le mandat se remplisse, par cela seul qu'il existe. Le testateur est toujours présumé avoir voulu que l'exécuteur testamentaire en eût les moyens. Tel est l'objet de l'article 1031, où l'on trouve tracés les droits et les devoirs de l'exécuteur testamentaire.

« Les exécuteurs testamentaires, y est-il dit, feront apposer les scellés, s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absens.

» Ils feront faire, en présence de l'héritier présomptif, ou lui dûment appelé, l'inventaire des biens de la succession.

» Ils provoqueront la vente du mobilier, à défaut de deniers suffisans pour acquitter les legs.

» Ils veilleront à ce que le testament soit exécuté, et ils pourront, en cas de contestations sur son exécution, intervenir pour en soutenir la validité. »

Néanmoins, comme la saisine, si elle a été accordée par le testateur, ne peut avoir eu d'autre objet que de procurer les moyens d'exécuter les dispositions testamentaires, la loi a voulu, avec raison, que l'héritier pût faire cesser la saisine, en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires, somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers, ou en justifiant de ce paiement. Art. 1027.

Quoique la loi dise que la saisine, lorsqu'elle est accordée par le testateur, ne pourra durer au delà de l'an et du jour, à compter du décès, néanmoins s'il arrivait des contestations qui retardassent l'exercice des fonctions de l'exécuteur testamentaire, cet an et jour ne commencerait à courir que de la cessation de ces contestations. Telle était anciennement la jurisprudence uniformément attestée par les auteurs, et il y a toujours lieu de la suivre. Elle entre dans le vœu de la loi comme dans celui du testateur.

Il y a plus, c'est que si, même abstraction faite de la circonstance de contestations survenues, l'insuffisance de ce délai était démontrée, il pourrait être prorogé, selon qu'il y aurait lieu.

Il s'est élevé la question de savoir lequel de l'exécuteur testamentaire, quoiqu'il eût la saisine par testament, ou d'un héritier, même bénéficiaire, était en droit de faire procéder à l'inventaire. Le Code civil, art. 1031, porte que les exécuteurs testamentaires feront faire, en présence de l'héritier présomptif, ou lui dûment appelé, l'inventaire des biens de la succession. Cette seule disposition semblait devoir faire préférer l'exécuteur testamentaire.

Mais, d'après l'article 931 du Code de procédure civile, l'inventaire peut être requis par ceux qui ont le droit de requérir la levée des scellés. Tous ceux qui ont droit de faire apposer les scellés, peuvent, aux termes de l'art. 950, en requérir la levée; et suivant l'art. 909, l'apposition des scellés peut être requise par tous ceux qui prétendent droit dans la succession ou dans la communauté; en sorte que ceux qui prétendent droit dans la succession, peuvent requérir l'inventaire. En outre, l'art. 1027 du Code civil donne à l'héritier la faculté de faire cesser la saisine, en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires somme suffisante pour payer les legs mobiliers, ou en justifiant de ce paiement; d'où il suit que la saisine n'attribue pas à l'exécuteur testamentaire un droit irrévocable de conserver et d'administrer le mobilier.

Le tribunal civil et la Cour d'appel de Bruxelles se sont décidés par les motifs en faveur de l'héritier, même bénéficiaire, et, en conséquence, ils ont jugé que c'était à la requête de celui-ci, et non à celle de l'exécuteur testamentaire, que l'inventaire devait être fait : il ne semble pas qu'il y ait d'inconvénient à adopter cette décision. L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles est du 9 août 1808, et se trouve dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 76 du 12^e vol.

Sur quoi porte la saisine. — Quelles sont les fonctions de l'exécuteur testamentaire.

331. Il faut remarquer sur quoi porte la saisine que doit avoir l'exécuteur testamentaire, lorsque le testateur a voulu que cette saisine eût lieu.

Quelques Coutumes restreignaient la saisine aux meubles : de ce nombre était la Coutume de Paris, art. 297. D'autres voulaient qu'elle portât sur les meubles et les immeubles du testateur, au moins jusqu'à concurrence de ce qui était nécessaire pour l'accomplissement des dispositions testamentaires. Telle était la Coutume d'Orléans, art. 290.

Dans notre législation actuelle, on a adopté les principes de la Coutume de Paris. Ainsi la saisine ne peut avoir lieu

que pour tout ou pour une partie du mobilier, d'après l'art. 1026 du Code.

Il faut encore faire attention à l'objet de cette saisine, ce qui tend à déterminer les fonctions de l'exécuteur testamentaire.

Anciennement, au moins d'après plusieurs Coutumes, l'objet de cette saisine était de mettre l'exécuteur testamentaire en état non-seulement d'acquitter les legs, mais encore de payer les dettes. C'est ce qui avait lieu principalement dans les Coutumes qui accordaient la saisine des meubles et des immeubles; c'est aussi ce qu'on voit dans l'art. 291 de la Coutume d'Orléans, qui, comme on vient de le dire, donnait cette saisine. De là il résultait que les fonctions d'exécuteur testamentaire avaient une bien plus grande importance, et la législation sur cette matière en devenait d'autant plus compliquée.

Mais notre législation a restreint les fonctions de l'exécuteur testamentaire à l'acquittement des legs, et encore des legs seulement mobiliers. Cela se prouve par la disposition de l'article 1027, où il est dit que l'héritier pourra faire cesser la saisine, en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires somme suffisante pour le paiement *des legs mobiliers*, ou en justifiant de ce paiement. La même conséquence se tire encore de la disposition du 5^e § de l'article 1031 : « Ils provoqueront la vente du mobilier, » à défaut de deniers suffisans *pour acquitter les legs.* »

Ainsi, dans notre législation actuelle, il ne peut guère y avoir lieu à l'exécution testamentaire que dans le cas où le testateur voudrait faire surveiller l'acquittement de ses legs, ou l'exécution de quelque fondation, ou l'érection de quelque monument, et où il n'aurait point de créanciers, ou que sa fortune fût telle que ceux-ci n'eussent point à redouter que les legs fussent acquittés avant le paiement de ce qui leur serait dû. Car on sent que dès que les créanciers auraient le droit de demander d'être payés avant que les legs fussent acquittés, ils pourraient, par des actes conservatoires ou par des saisies, tellement entraver l'exécution testamentaire, qu'ils l'annuleraient.

Quelles personnes peuvent être exécuteurs testamentaires.

— *De la femme mariée. — Du mineur.*

532. J'ai déjà dit que, quoiqu'on ne pût exercer des fonctions publiques, on pourrait néanmoins remplir celles d'exécuteur testamentaire : mais en même temps j'ai annoncé des modifications.

On sent, en effet, que celui qui ne pourrait pas s'obliger ne pourrait pas être exécuteur testamentaire; telle est aussi la disposition de l'art. 1028.

En conséquence de ce principe, d'après l'article 1029, la femme mariée ne peut accepter l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari. Si elle est séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par jugement, elle le pourra avec le consentement de son mari, ou, à son refus, autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219, au titre *du mariage*.

Il faut bien remarquer la différence établie par cet article 1029, entre le cas où la femme n'est point séparée, et celui où elle l'est. Au premier cas, le consentement du mari est absolument nécessaire pour que la femme puisse accepter l'exécution testamentaire; c'est seulement dans le second cas que la loi n'ayant plus autant de confiance en la personne du mari, ou celui-ci n'ayant plus un si grand intérêt sur l'acceptation ou le refus de la femme, il est permis à la femme, en cas de refus du mari, de recourir à la justice, pour obtenir, s'il y a lieu, l'autorisation.

Par la même raison que pour pouvoir être exécuteur testamentaire, il faut pouvoir s'obliger, le mineur ne pourra être exécuteur testamentaire, même avec l'autorisation de son tuteur ou curateur, article 1030. Cet article met fin à la difficulté qui s'était élevée anciennement, d'après l'opinion de quelques auteurs, et notamment de Pothier, *des Donations testamentaires*, chap. 5, sect. 1^{re}, art. 1^{er}, de savoir si le mineur émancipé ne pouvait pas accepter une exécution testamentaire, surtout lorsque les charges en étaient modiques.

De celui dont la fortune n'offre pas de garantie.

533. On a élevé anciennement la question de savoir si le testateur pouvait nommer pour exécuteur testamentaire, un particulier dont la fortune ne lui permit pas de répondre de la gestion qui lui était confiée.

L'opinion de plusieurs auteurs, et qui paraît la plus saine, est que la pauvreté n'est pas une raison pour retirer à l'exécuteur testamentaire la mission qu'il tient de la confiance du testateur, et qu'en conséquence on ne peut l'astreindre à donner caution.

Cependant, s'il était survenu des faits qui rendissent l'exécuteur testamentaire suspect, et qui fussent tels qu'on dût croire que le testateur ne l'eût pas nommé, comme s'il était arrivé un dérangement considérable dans ses affaires, surtout s'il était tombé en faillite, alors la mission devrait lui être retirée. Telle est l'observation faite par Pothier, *loco citato*.

Les légataires ou tous autres ne pourraient demander la nomination d'un nouvel exécuteur testamentaire, à la place de celui qui ne pourrait plus l'être.

534. Mais si la mission était retirée, dans ce cas, à l'exécuteur testamentaire nommé par le testateur, ou si celui qui aurait été nommé refusait d'accepter les fonctions, ou si enfin ces fonctions étaient interrompues, ou par la discontinuation qu'en ferait l'exécuteur testamentaire, dans les cas où il en aurait le droit, ou par sa mort, qui mettrait fin au mandat, les légataires ou tous autres intéressés à l'exécution du testament, seraient-ils en droit de demander à la justice la nomination d'un nouvel exécuteur testamentaire, ou la charge de l'exécution des dispositions demeurerait-elle simplement aux héritiers ?

Ricard, *des Donations*, chap. 2, n^{os} 64 et 65, dit que de son temps les juges avaient coutume le plus souvent de nommer d'autres exécuteurs testamentaires, à la place de ceux qui étaient incapables, ou qui avaient refusé.

Mais la loi ne s'étant pas expliquée à ce sujet, on peut dire

que ce ne serait plus le cas de cette nouvelle nomination ; car de même que si le testateur n'avait pas cru devoir nommer un exécuteur testamentaire, on ne pourrait pas demander qu'il y fût suppléé ; de même celui qui aurait été nommé ne voulant ou ne pouvant pas remplir la mission, on peut en conclure que les choses doivent rester en l'état où elles seraient s'il n'y avait point eu de nomination ; on peut encore ajouter qu'il semble que, dans la règle, il ne doit y avoir d'autre exécuteur testamentaire que celui qui a reçu le pouvoir du testateur même. Cela est si vrai, que l'exécuteur testamentaire, ainsi nommé, ne pourrait très-certainement déléguer ses fonctions à d'autres : ce que dit Furgole, *des Testamens*, chap. 10, sect. 4, n° 43, vient à l'appui de ces observations.

Au surplus, il resterait aux légataires et à toutes les autres parties intéressées, non-seulement les ressources judiciaires pour contraindre les héritiers à exécuter le testament, mais encore les moyens conservatoires, afin de prévenir, selon les circonstances, la dissipation du mobilier, tels que l'apposition des scellés, les saisies, le séquestre, etc. Il pourrait encore y avoir lieu à l'intervention de l'autorité judiciaire ou administrative, s'il s'agissait de legs ou de dispositions auxquels l'État ou des établissemens publics eussent intérêt.

Et comment pourrait-on douter que ces moyens conservatoires dussent être accordés aux légataires, et à toutes autres parties intéressées, contre les héritiers, dans la circonstance dont il vient d'être question, puisque ces précautions peuvent être accordées à des personnes qui sont, d'après les dispositions de la loi, dans une position qui semble bien moins favorable ?

En effet, quoique le légataire universel, lorsqu'il n'y a pas d'héritiers auxquels la loi accorde une réserve, soit saisi de plein droit de la succession, en conséquence de l'art. 1006 du Code civil ; quoique ce légataire, dans le cas où le testament qui fait son titre, serait olographe ou mystique, ne soit astreint, d'après l'art. 1008 du même Code, qu'à se faire envoyer en possession par une ordonnance du président du tribunal d'arrondissement, ainsi que je l'ai expliqué ci-

dessus, n° 295, néanmoins, selon les circonstances, les héritiers légitimes, même autres que ceux qui sont appelés par la loi à un droit de réserve, peuvent demander l'apposition des scellés sur les meubles et effets de la succession, et ensuite la levée de ces scellés, et la confection d'un inventaire.

Et, par exemple, si un légataire universel, en vertu d'un testament olographe dont il aurait été nanti, se présentait pour obtenir l'envoi en possession, aux termes de l'article 1008 du Code civil, et si les héritiers légitimes soutenaient qu'il y eût un testament postérieur du défunt qui révoquât le premier, et qui dût se trouver dans la maison, alors les mesures dont je viens de parler pourraient être accordées à ces héritiers.

Telle est l'opinion qui a été émise, dans cette circonstance, par la Cour d'appel de Nîmes, par un arrêt du 27 décembre 1810, rapporté dans le Recueil de jurisprudence du Code civil, tome 17, page 129. Et si cette Cour n'ordonna pas l'apposition des scellés, leur levée, et la confection d'inventaire, le tout à la requête des héritiers légitimes, on voit, dans les motifs de l'arrêt, que ce fut uniquement parce qu'elle fut convaincue, par des circonstances particulières qui y sont énoncées, qu'il était impossible qu'il eût été fait un nouveau testament entre la date de celui qui était rapporté, et l'époque du décès.

On trouve dans le même Recueil, même vol. 17, page 488, deux arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles rendus dans ces principes, l'un du 28 novembre 1810, l'autre du 9 mars 1811.

Dans l'espèce du premier arrêt, on ne voit point s'il s'agissait d'un testament olographe ou mystique, ce qui, au fond, serait indifférent; mais on y voit que l'héritier présomptif, qui avait déjà fait apposer les scellés, soutenait qu'il avait eu ce droit en sa qualité d'héritier présomptif; que d'ailleurs le testament rapporté par les légataires universels, était nul dans la forme et même dans ses dispositions, qui étaient l'effet de la suggestion et de la captation.

On lit dans les motifs du jugement du premier tribunal, qui fut confirmé :

« Que, dans l'espèce, le défendeur devait être censé avoir » cette qualité (d'héritier présomptif) aussi long-temps que » le testament de la défunte, contesté par l'héritier légitime, » ne serait pas déclaré valide; que d'ailleurs l'apposition, la » levée des scellés, et la confection d'inventaire, n'étaient » que des actes conservatoires qui ne nuisaient aucunement » aux droits des parties, surtout si les inventaires se faisaient » en présence du commissaire. »

Dans l'espèce du second arrêt, il s'agissait d'un testament mystique, et les héritiers légitimes l'attaquaient de la même manière que l'était le testament qui faisait l'objet du précédent arrêt.

Entre autres motifs de l'arrêt, on lit : « Attendu que le » testament que l'appelant oppose en qualité de légataire » universel, est impugné, et que, dès le 9 février 1811, » les intimés ont annoncé, par acte du même jour, leur résolution de l'attaquer de nullité, tant pour vices de forme » que pour cause de captation et obsession, avec indication » des principaux faits;

» Attendu que les mesures de précaution proposées par » les intimés, ne tendent qu'à la conservation des droits » éventuels des parties, et à éviter les contestations qui pourraient survenir sur l'existence des titres, papiers et autres » objets de la succession, en cas que le testament ne subsiste » pas;

» Attendu que la levée des scellés, suivie de description et » d'inventaire, ne porte aucune atteinte à la saisine établie » par l'article 1006 du Code civil, puisqu'elle n'empêche pas » la possession du légataire, lorsque l'inventaire, qui n'est » qu'un acte conservatoire, sera confectionné. »

On retrouve les mêmes idées sur des questions semblables, dans le même Recueil, vol. 1^{er}, pages 55, 231, 62 et 170, et vol. 7^e, pages 74 et suiv.; ou, au moins, on y voit que l'action intentée par les héritiers légitimes, contre les légataires universels, malgré la saisine de ces derniers, afin d'obtenir des mesures conservatoires, n'a point été reconnue pour ne pas exister, et qu'elle a été subordonnée aux circonstances.

On sent, en effet, que s'il s'élève de fortes présomptions en faveur des héritiers légitimes contre l'exécution du testament, il est juste qu'on vienne à leur secours, pour qu'en définitive ils ne soient pas réduits à perdre irréparablement un droit qui serait apparent.

Ainsi, dans le cas même énoncé au n° 295 ci-dessus, les mesures conservatoires dont il vient d'être parlé, peuvent être accordées aux héritiers légitimes contre les légataires universels, sans qu'on puisse dire qu'on détruit le principe de la saisine attribuée par la loi à ces légataires. Il s'agit alors de mesures conservatoires et provisoires, qui sont entièrement subordonnées à des circonstances qui, sans anéantir les règles, doivent, dans l'équité, les modifier.

Je dois même avouer que les observations que je viens de faire, pour le cas du concours des héritiers légitimes avec le légataire universel, auraient été mieux placées à la suite de ce n° 295; mais c'est parce qu'elles y ont été omises, dans le cours de l'impression de la seconde édition, que j'ai saisi, sur le présent numéro, l'occasion d'y suppléer.

Celui à qui le testateur ne pourrait faire de legs, peut être exécuteur testamentaire, mais il ne pourrait rien recevoir à ce titre.

535. Une des questions les plus essentielles qui puisse s'élever sur l'exécution testamentaire, est de savoir si le testateur peut nommer pour son exécuteur testamentaire celui à qui, aux termes de la loi, il ne pourrait point faire de legs.

Ricard et Pothier s'étaient décidés pour l'affirmative. Ce dernier auteur disait en conséquence, *loco citato*, que dans les Coutumes qui ne permettaient pas au mari de disposer en faveur de sa femme, *aut vice versâ*, un mari ne laissait pas de pouvoir nommer sa femme pour son exécutrice testamentaire. Il pensait qu'on pouvait nommer pour exécuteur testamentaire un étranger non naturalisé; car c'est un pur office d'ami, ce n'est point un office civil, et encore moins une fonction publique dont les étrangers soient incapables.

Notre législation ne présente aucun motif qui doive faire adopter une décision différente. On peut dire que de même que l'article 902 du Code civil a voulu que toutes personnes pussent disposer et recevoir, soit par donations entre vifs, soit par testament, *excepté celles que la loi en déclare incapables*, de même aussi tous ceux contre lesquels la loi ne prononce pas de prohibition à cet égard, peuvent être nommés exécuteurs testamentaires. « Cette qualité, dit Ricard, n'étant qu'onéreuse à celui auquel elle est commise, et ne lui apportant aucune utilité, rien n'empêche que celui qui est incapable de legs ne puisse faire la charge d'exécuteur. »

Mais il est bien entendu que celui qui serait incapable de legs à l'égard du testateur, ne serait pas apte à en recevoir un, par la raison qu'il serait nommé son exécuteur testamentaire : ce serait éluder, même ouvertement, la prohibition de la loi.

Ainsi, par ce même motif, quoiqu'en général un testateur puisse disposer en faveur d'un particulier d'une somme pour être employée par ce particulier en distributions secrètes, toujours tant que les réserves ne seraient pas attaquées, on sent qu'une pareille disposition ne pourrait être valable si elle était en faveur de celui qui ne pourrait recevoir de legs, quoiqu'il fût nommé exécuteur testamentaire : ce serait un autre moyen d'éluder la loi.

L'opinion de Pothier, qui consiste à dire que dans ce cas le testateur peut faire à l'exécuteur testamentaire un présent modique, pour le récompenser des soins de l'exécution, n'est même pas sans difficulté. La prohibition est absolue, et la détermination de ce qui serait modique, ou non, deviendrait trop arbitraire.

L'homme en état de mort civile ne peut être exécuteur testamentaire.

336. Mais quelqu'étendu que puisse être le choix des personnes qu'on voudrait appeler à l'exécution testamentaire, on sent qu'il ne peut porter sur des individus qui seraient en état de mort civile : cette proposition est tellement

évidente, qu'il est inutile d'en expliquer les motifs. On ne peut qu'être étonné que quelques auteurs anciens soient entrés en discussion à ce sujet : c'est pour l'intérêt de la société que ces individus sont réputés ne pas exister, et cet intérêt commande à toutes les volontés particulières.

L'exécuteur testamentaire doit compte de sa gestion. — Peut-il en être dispensé, ainsi que de faire inventaire, par le testateur ?

357. Il est dans l'ordre que l'exécuteur testamentaire, comme tout mandataire et tout gérant, rende compte de sa gestion. L'article 1031, paragraphe dernier, lui impose la nécessité de ce compte à l'expiration de l'année du décès du testateur. Ce temps est réputé être nécessaire pour l'acquiescement de la mission ; mais si elle était de nature à être remplie auparavant, et qu'elle le fût en effet, le compte pourrait être demandé lorsqu'elle serait terminée.

On sent aussi que l'exécuteur testamentaire doit être renvoyé indemne, et que tous les frais relatifs à sa mission doivent être à la charge de la succession. Art. 1034.

Ricard, Furgole et Pothier ont mis en question si le testateur pouvait dispenser l'exécuteur testamentaire de faire inventaire et de rendre compte de sa gestion. Ils ont néanmoins supposé que la question ne pouvait point s'élever à l'égard de l'exécuteur testamentaire qui ne pourrait recevoir aucun legs de la part du testateur.

Mais hors ce cas même, cette dispense donnerait souvent lieu à de si grandes difficultés, que par cela seul elle devrait ne pas être admise, ou au moins il est sage de ne pas l'ordonner par le testament.

La dispense de faire inventaire serait en elle-même un legs illimité, selon les dispositions ou la bonne foi de l'exécuteur testamentaire : et l'on sent les embarras qu'elle présenterait pour les cas où il pourrait y avoir lieu à la réduction proportionnelle des legs. Les légataires pourraient encore s'opposer à cette mesure, si, d'après le mode de composition et la consistance de la fortune du testateur, il en résultait qu'ils pussent courir quelques dangers sur

l'assurance de leurs legs. L'exécuteur testamentaire ne serait dispensé de faire inventaire, que dans le cas où sa mission serait de nature à rendre cet inventaire inutile, et où il ne devrait être qu'un simple moteur pour parvenir à l'exécution des volontés du testateur, sans qu'il dût avoir un maniement des deniers.

On peut porter le même jugement sur la remise que ferait le testateur de la reddition du compte. Au moins faudrait-il toujours que l'exécuteur testamentaire justifîât de l'acquiescement des legs, afin d'établir la libération des héritiers.

Aussi Pothier, *loco citato*, art 3, § 1^{er}, n'adopte pas en général la dispense de l'inventaire; et quant à la dispense du compte, il dit, § 3, en argumentant de la loi 5, § 7, ff. *de adm. tut.*, que tout l'effet de cette dispense de compte serait qu'on ne pourrait rendre l'exécuteur testamentaire responsable de ce qu'il aurait pu pécher par négligence dans le cours de son exécution.

On peut ajouter que la loi exigeant, sans exception, l'inventaire et le compte, lorsqu'il doit y avoir lieu à une mise en possession de la part de l'exécuteur testamentaire, l'un et l'autre deviennent indispensables, sauf au testateur à récompenser l'exécuteur testamentaire par un legs.

La saisine donnée à l'exécuteur testamentaire ne détruit pas la saisine accordée aux héritiers, et ne dispense pas les légataires de la demande en délivrance à ces derniers. — Modification à cette règle.

338. La saisine que le testateur donnerait à l'exécuteur testamentaire ne détruit pas la saisine accordée par la loi aux héritiers. La saisine donnée à l'exécuteur testamentaire n'a lieu qu'à l'égard des héritiers; mais la saisine donnée par la loi aux héritiers demeure dans sa force respectivement aux légataires, et à tous autres prétendants droit à la succession : c'est ainsi qu'on considérerait la saisine de l'exécuteur testamentaire dans l'ancienne législation, lors même qu'il était saisi non-seulement des meubles, mais encore des héritages. Dumoulin, sur l'art. 95 de la Coutume de

Paris, s'exprimait ainsi : « *Hæc consuetudo non facit quæm*
» *hæres sit saisitus ut dominus, sed operatur quòd execu-*
» *tor non est verus possessor, et nisi ut procurator tan-*
» *tum.* ». On sent qu'il doit en être de même, à plus forte
raison, dans la législation actuelle, puisque l'exécuteur
testamentaire ne peut être saisi que de tout ou de partie du
mobilier.

De là il suit que la demande en délivrance des legs, dans
les cas où elle est prescrite par la loi, doit toujours être di-
rigée contre ceux auxquels la loi donne la saisine, non-
seulement lorsqu'il s'agit de legs particuliers d'immeubles,
ce qui est incontestable dès que l'exécuteur testamentaire
n'est point saisi des immeubles, mais encore pour tous les
autres legs. On peut cependant, à l'égard de ces derniers,
en former la demande tout à la fois contre l'héritier et
contre l'exécuteur testamentaire.

Néanmoins si, quoiqu'il n'y eût pas eu de demande en
délivrance, l'exécuteur testamentaire acquittait des legs
mobiliers qui ne pussent souffrir de difficulté, et pour les-
quels il n'y aurait point à prévoir le cas de réduction, le
paiement serait très-valable, tant à l'égard des héritiers
que respectivement aux légataires. L'acquittement de ces
legs est l'objet même de la charge de l'exécuteur testamen-
taire. Seulement l'exécuteur testamentaire doit faire atten-
tion, soit lorsqu'il reçoit, soit lorsqu'il paie, de ne rien
faire qui puisse être contesté par les héritiers, en ce qu'il
aurait nui à leurs intérêts. Pour mettre sa responsabilité
personnelle à l'abri de toutes recherches, il doit, dans les
cas de doute, ou avoir le consentement des héritiers, ou
provoquer l'autorisation de la justice, en les faisant ap-
peler.

REMARQUES SUR LE CHAPITRE PRÉCÉDENT.

La matière qui est traitée dans ce chapitre correspond à une loi du 8 janvier 1824, faisant le 13^e titre du 2^e livre du Code des Pays-Bas. En voici le texte :

TITRE XIII.

Des exécuteurs testamentaires.

ART. 1^{er}. Le testateur pourra nommer, soit par testament, soit par acte notarié, un ou plusieurs exécuteurs testamentaires.

2. Les femmes mariées, les mineurs même émancipés, les interdits, et tous ceux qui sont incapables de s'obliger, ne peuvent être exécuteurs testamentaires.

3. L'exécuteur testamentaire ne pourra exiger la saisine des biens, si elle ne lui a pas été donnée par le testateur.

Le testateur pourra donner à l'exécuteur testamentaire la saisine du tout ou seulement d'une partie de ses biens meubles, mais elle ne durera de droit qu'une année, à compter du jour où il aura pu se mettre en possession.

4. Si tous les héritiers sont d'accord, ils pourront faire cesser la saisine, en offrant de remettre à l'exécuteur testamentaire une somme suffisante :

1^o. Pour le paiement des legs mobiliers, ou en justifiant de ce paiement ;

2^o. Pour le paiement des dettes du testateur, dans le cas où celui-ci aurait chargé l'exécuteur testamentaire de les acquitter ;

3^o. Pour l'exécution de toutes les autres dispositions ordonnées par le testateur.

5. Les exécuteurs testamentaires feront apposer les scellés, s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou non présents, ni en personne, ni par fondé de pouvoirs.

Ils feront faire l'inventaire des biens de la succession en présence des héritiers qui se trouvent dans l'arrondissement, ou ceux-ci dûment appelés.

Ils provoqueront la vente des biens meubles, à défaut de deniers suffisants pour exécuter les dispositions du testament.

Ils provoqueront même la vente d'un ou de plusieurs immeubles, si l'argent trouvé, ou avancé par l'héritier, ou provenu de la vente des biens meubles, n'était pas suffisant.

Ils veilleront à ce que le testament soit exécuté ; et ils pourront, en cas de contestation sur son exécution, intervenir pour en soutenir la validité.

Ils devront, à l'expiration de leur gestion, en rendre compte aux parties intéressées.

6. Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ne passeront point à ses héritiers.

7. S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient accepté, un seul pourra agir à défaut des autres, et ils seront solidairement responsables de leur gestion, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée.

8. Les frais faits par l'exécuteur testamentaire pour l'apposition des scellés, l'inventaire, le compte et les autres frais relatifs à ses fonctions, seront à la charge de la succession.

9. Nul n'est tenu d'accepter la charge d'exécuteur testamentaire.

Ces fonctions sont gratuites; néanmoins, l'exécuteur testamentaire pourra recevoir le legs rémunératoire que le testateur lui aurait fait.

10. Toute disposition par laquelle le testateur aura ordonné que l'exécuteur testamentaire sera dispensé de dresser inventaire ou de rendre compte, est nulle de plein droit.

11. Dans tous les cas où il ne s'agit pas d'usufruit, de fidéi-commis, de mineurs ou d'interdits, le testateur ne pourra nommer des administrateurs aux biens laissés à ses héritiers ou légataires.

CONFÉRENCE.

TIT. 13^e, 2^e LIV. DU CODE DES PAYS-BAS. CODE FRANÇAIS.

ART. 1 ^{er}	1025.
2.	1028, 1029 et 1030.
3.	1026.
4.	1027.
5.	1031.
6.	1032.
7.	1033.
8.	1034.
9.	
10.	1030. 2 ^e alin.
11.	

JURISPRUDENCE.

I. L'héritier qui veut faire cesser la saisine donnée à l'exécuteur testamentaire, ne peut en même temps demander la cessation de l'exécution testamentaire, avant l'expiration de l'année, à compter du décès du testateur. — L'héritier institué est recevable à faire cesser la saisine, bien qu'il existe une demande en nullité du testament de la part des héritiers légitimes. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 9 septembre 1815.*) Cet arrêt est fondé sur ce que la cessation de la saisine est indépendante de l'existence de l'exécution testamentaire en elle-même; sur ce que le mandat donné par le testateur à l'exécuteur testamentaire doit continuer ses effets pendant l'an et jour; sur ce qu'il reste encore à celui-ci à surveiller l'exécution des dispositions du testament, si sa validité est attaquée; ce qui toutefois n'empêche pas qu'il ne se dessaisisse entre les mains de l'héritier.

II. Le débiteur d'un défunt n'est pas fondé à s'opposer aux poursuites en expropriation forcée, dirigées contre lui par l'exécuteur testamentaire, lors même que tous les héritiers sont majeurs. (*Arrêt de la même Cour, du 18 novembre 1815.*) Cet arrêt est fondé sur le principe que, si le testateur a pu donner à son exécuteur testamentaire la saisine, il a pu également l'investir de tels pouvoirs qu'il a jugé convenir, dans l'intérêt de sa succession, et qu'il n'appartient qu'aux héritiers de faire cesser les pouvoirs.

III. Un testateur ne peut donner à son exécuteur testamentaire le pouvoir de diriger le partage de l'hérédité, selon le mode qu'il trouvera le plus convenable. — Ce pouvoir conféré par le testament ne peut légitimer l'intervention de l'exécuteur testamentaire au jugement divisoire. (*Arrêt de la même Cour, du 1^{er} juin 1816.*) Cet arrêt qui a des points de contact avec le précédent, en ce que la question principale, dans les deux affaires, portait sur la nature et les limites de l'exécution testamentaire, a particulièrement pour motif les pouvoirs exorbitans qui, dans l'espèce, avaient été donnés à l'exécuteur testamentaire, dans les attributions duquel n'entre pas la surveillance du partage de la succession. — Nous aurons encore occasion de parler de cet arrêt au chapitre des partages.

IV. L'époux survivant, nommé exécuteur testamentaire du prédécédé, dans un testament dérogoratoire au contrat de mariage, est censé renoncer aux avantages qui y sont stipulés à son profit, s'il donne exécution aux dispositions ordonnées dans ce testament à l'égard de tiers. (*Arrêt de la Cour de cassation de Bruxelles, du 4 janvier 1817.*) Le procureur-général Daniels, dont les conclusions méritaient de faire autorité, a pensé dans cette affaire que l'exécuteur avait le droit de faire exécuter le testament; qu'en agissant ainsi volontairement, ou ne pouvait le mettre en contradiction avec lui-même; que c'était le cas du concours de plusieurs qualités qui se réunissent sur le même chef, et il a cité à cet égard l'opinion de Stockmans et autres commentateurs qui ont traité la question de *uno homine plures qualitates habente*, d'après les lois 30, ff. de inoff. test.; 22, de his qui ut indigni; 44, ff. de pactis; 59, ff. de peric. tut., et ont pensé qu'un individu qui réunit deux qualités ne peut les diviser, à moins qu'il n'ait agi par devoir ou par nécessité; et la Cour a jugé, d'après ses conclusions, que la volonté de l'exécuteur, mise en action pendant les sept jours qu'il a survécu, d'obtempérer au testament, formait une exception de ne point demander l'exécution de ce qui avait été stipulé en sa faveur, puisqu'ayant eu des droits à exercer résultant du contrat de mariage, contre les parens de sa femme, il avait eu la liberté de ne pas les faire valoir, d'y renoncer, de faire en sorte que ces gains nuptiaux et les biens qui en faisaient l'objet ne se trouvassent pas dans sa succession, de les en soustraire d'avance, comme il aurait pu disposer et s'exproprier volontairement de tout ou partie de ses autres biens, d'après cette maxime de droit: *multa possunt fieri per indirectum, quæ non possunt directè*. L'arrêt ajoute un fait important, c'est que l'exécuteur testamentaire avait reçu de la libéralité de sa femme la jouissance de sa dot et des reprises matrimoniales dont elle pouvait disposer, qu'il en avait joui pendant toute sa vie, qu'en conséquence il avait retiré des avantages réels de son institution.

V. Un testateur ne peut conférer à son exécuteur testamentaire des pouvoirs plus étendus que ceux qui sont déterminés par la loi, et notamment celui de liquider la succession. — Les héritiers ont droit, pendant la durée de l'exécution testamentaire, de demander que les papiers et titres de la succession soient consignés dans un dépôt public. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 25 février 1818.*) Cet arrêt confirme la jurisprudence de l'arrêt du 1^{er} juin 1816 rapporté plus haut, en consacrant en principe que la faculté de tester est une pure émanation du droit civil qui règle les

pouvoirs des testateurs, dont le Code civil a tracé et fixé les fonctions, au nombre desquelles ne se trouve pas celle de *liquider la succession*. Les testateurs n'ont pas la faculté de conférer aux exécuteurs testamentaires des attributions qui ne sont pas avouées par la loi. La jurisprudence à cet égard paraît irrévocablement fixée.

VI. Des exécuteurs testamentaires auxquels, conformément aux lois du domicile du testateur, sont confiés par détail les pouvoirs les plus amples, ont qualité pour agir en ce qui n'est pas mentionné au testament. (*Arrêt de la même Cour, du 26 novembre 1818.*) Dans l'espèce, les pouvoirs, quelque étendus qu'ils fussent, ne contenaient pas spécifiquement celui de demander la main-levée d'inscriptions; mais la Cour a pensé qu'ils le contenaient virtuellement, suivant la maxime: *non debet cui plus licet, quod minus est, non licere* (L. 21, ff. de R. j.), et qu'elle était d'autant plus applicable, qu'elle l'était à un pays où d'après les lois locales, ces sortes de pouvoirs étaient très-restreints.

VII. Lorsqu'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires, un seul peut faire la déclaration de succession, tant pour lui que pour ses collègues, sans qu'il ait besoin d'une procuration de ces derniers. (*Décision du 1^{er} avril 1823.*)

VIII. Lorsqu'un jugement condamne un exécuteur testamentaire à *remettre tout ce qu'il peut avoir en mains du chef de sa gestion*, on ne doit pas présumer, quoique le jugement n'en parle pas, qu'il y a *des sommes en numéraire*, et par suite, on ne doit pas exiger une déclaration, et percevoir le droit proportionnel sur le montant de la déclaration, par application de l'art. 16 de la loi du 22 frimaire an 7. (*Décision de 1823.*)

IX. L'exécuteur testamentaire auquel la saisine du mobilier a été donnée n'est pas tenu de poursuivre en justice le recouvrement des créances de la succession, et il ne peut pas, à défaut de poursuites, être déclaré responsable de l'insolvabilité dans laquelle tombent ensuite les débiteurs, si d'ailleurs il a satisfait à ce que lui prescrit l'art. 1031 du Code civil, quant à la confection de l'inventaire. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 3 janvier 1824.*) Cet arrêt ne fait que confirmer les principes déjà consacrés par deux arrêts que nous avons rapportés plus haut, l'un sous la date du 1^{er} juin 1816, et l'autre sous celle du 28 février 1818. D'après ces principes, qui ne peuvent être trop rappelés, les devoirs et les pouvoirs des exécuteurs testamentaires dérivent de la loi seule, puisque la faculté de les nommer, comme renfermant celle de donner un mandat à exécuter après la mort du mandant par exception à la règle générale, est une émanation du droit civil; d'où il suit que le testateur ne peut étendre à d'autres objets le mandat de l'exécuteur testamentaire qu'il nomme, ce mandat devant rester renfermé dans les limites de la loi qui lui a donné l'être. Le Code civil ne confère pas à l'exécuteur testamentaire le pouvoir de poursuivre en justice les actions appartenant à la succession, puisque le droit de possession des meubles du testateur, ou la saisine du mobilier est limité par ce Code à la faculté de provoquer, s'il le faut, la vente de ces biens; d'où la conséquence que les exécuteurs testamentaires ne seraient tenus à des dommages-intérêts qu'autant qu'ils auraient négligé de faire un inventaire des biens de la succession, en présence des héritiers présomptifs, pour n'avoir pas satisfait à l'obligation qui leur est imposée par l'art. 1031 du Code civil.

X. Lorsque des exécuteurs testamentaires se trouvent dans l'impossibilité de fournir, dans le délai prescrit, la déclaration de succession, et se sont pourvus pour obtenir une prorogation, le receveur ne doit pas, en attendant, les admettre à verser dans la caisse une somme à valoir sur les droits qui seront dus. (*Décision du 13 mai 1825.*) Cette décision a pour motif que, cette somme ne pouvant pas être portée de suite et définitivement en recette, il n'existerait pas de moyen de contrôle de ces sortes de versements.

CHAPITRE IV.

DE LA RÉVOCATION DES TESTAMENS, ET DE LEUR CADUCITÉ.

Comment le testament peut être révoqué ou devenir caduc.

339. Le testament peut être révoqué par le seul ministère de la loi. Il peut l'être par la volonté du testateur.

Les dispositions testamentaires peuvent devenir caduques par le refus ou par l'impossibilité de les recueillir, de la part de ceux auxquels elles étaient faites.

Elles sont encore révocables dans certains cas.

§ 1^{er}.

DE LA RÉVOCATION DU TESTAMENT PAR LE SEUL MINISTÈRE DE LA LOI.

Elle a lieu lorsque le testateur décède, privé des droits civils.

340. La révocation, on peut même dire l'anéantissement du testament, s'opère par le ministère de la loi, lorsque le testateur, à l'époque de son décès, est privé des droits civils, quoique, lors du testament, il fût en pleine jouissance de ses droits. Il n'y a point de testament sans la faculté de transmettre à ce titre, et cette faculté est une suite des droits civils, sans lesquels elle ne peut exister.

Je me suis expliqué relativement à l'incapacité de donner et de recevoir, non-seulement par testament, mais encore

par donation, dans le chapitre III de la première partie, afin d'éviter des répétitions.

Elle n'a pas lieu par la survenance d'enfans au testateur.
 — Des cas où le testateur ignorait qu'il eût ou dût avoir un enfant, et où, le sachant, il n'a pas eu le temps de supprimer le testament.

341. L'on a vu dans cette première partie, chapitre VI, que la donation entre vifs est révoquée par la survenance d'enfans au donateur, d'après l'article 960 du Code civil. Doit-il en être de même du testament?

Ricard, 3^e partie, n^{os} 618 et suiv., appliquait aux codicilles, aux donations à cause de mort, et aux testamens des pays coutumiers, qui n'étaient considérés que comme des codicilles, la disposition de la loi *Si unquam*, qui était seulement relative à la révocation de la donation par survenance d'enfans.

Il disait que la question ne pouvait s'élever à l'égard des testamens, en pays de droit écrit, parce que le testament ne pouvait se soutenir s'il y avait préterition, non-seulement d'un des enfans nés lors du testament, mais même du posthume.

Cet auteur n'avait pas examiné cette question avec sa profondeur ordinaire.

A l'égard des testamens des pays de droit écrit, la préterition de l'un des enfans annulait seulement l'institution testamentaire, et les legs subsistaient. Telle était la disposition de l'art. 53 de l'ordonnance de 1735, qui était basé sur les dispositions des lois romaines sagement entendues. De là il résultait la conséquence que les codicilles et les donations à cause de mort, qu'il fallait assimiler aux legs, n'étaient pas révoqués par la survenance d'enfans; en sorte que, sous ce rapport, on peut dire que l'opinion de Ricard n'était pas exacte.

Quant aux testamens des pays de Coutume, l'opinion du même auteur pouvait souffrir, de son temps même, des difficultés, quoiqu'il l'eût étayée sur la disposition de quelques

lois romaines; mais elle n'était pas soutenable depuis l'ordonnance de 1731.

Cette ordonnance, art. 39, ne prononçait la révocation en cas de survenance d'enfans, que de la donation entre vifs. Son silence sur les testamens suffisait pour prouver que cette révocation était étrangère aux testamens. Aussi Furgole s'est absolument prononcé contre cette révocation. *Question 12^e, sur les donations.*

Ainsi, la législation étant dans le même état qu'elle était alors, c'est-à-dire, le Code civil, art. 960, prononçant la révocation pour survenance d'enfans, seulement à l'égard de la donation, et gardant le silence par rapport au testament, on doit tomber d'accord qu'en point de droit, la survenance d'enfans ne révoque point le testament.

Cette décision peut d'ailleurs être justifiée d'une manière bien simple. La donation entre vifs étant irrévocable de sa nature, le donateur auquel il survenait un enfant, était personnellement sans pouvoir pour reprendre des biens qu'il n'aurait pas donnés, s'il eût prévu qu'il dût devenir père. La loi devait donc venir à son secours. Mais il n'en est pas de même du testament; la même volonté qui a fait la disposition, peut la détruire; et la conservation du testament jusqu'à la mort, fait supposer la persévérance dans les dispositions qui y sont contenues, malgré le changement survenu dans la famille du testateur.

Cependant, en admettant même qu'en point de droit la naissance d'un enfant, postérieure au testament, ne révoque pas le testament, principe reconnu par les auteurs qui ont écrit depuis Ricard, il s'était formé, dans les pays de Coutume, une jurisprudence attestée par ces mêmes auteurs, d'après laquelle le testament était annulé, mais seulement lorsque les circonstances établissaient que, lors du testament le testateur ignorait qu'il dût avoir un enfant, ou que même l'ayant su, il n'avait pas eu le temps de supprimer ou de révoquer le testament déjà fait.

C'est à quoi se réduit la question qui peut actuellement s'élever. Cette jurisprudence doit-elle encore avoir lieu, ou non?

Il serait difficile de ne pas se décider pour l'affirmative. Les motifs sont absolument les mêmes, et la législation actuelle ne s'y oppose pas plus que l'ancienne législation coutumière. Tout ce qui est le fruit de l'erreur ne peut subsister. Tout testateur qui a ignoré qu'il était père, ou qu'il pouvait le devenir, et qui n'a laissé subsister un testament fait au profit de collatéraux ou d'étrangers, que parce qu'il ignorait ce fait, se trouve absolument dans le cas du donateur qui n'a fait une donation que dans l'imprévoyance de la paternité. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

Je n'entrerais point dans le détail des jugemens qui ont fait le fondement de cette jurisprudence. Je renvoie à ce qu'en ont dit Ricard, Furgole, Pothier, *des Donat. testam.*, chap. 6, sect. 1^{re}; Chabrol, sur l'art. 33 du tit. 14 de la Coutume d'Auvergne, et Bergier, dans une addition sur Ricard, tome 1^{er}, page 591. Outre ces jugemens, ces auteurs citent plusieurs autorités. Mon objet a été, en résumant ce qui a été dit à ce sujet, de présenter la question sous son vrai point de vue, relativement à l'état actuel de la législation.

§ II.

DE LA RÉVOCATION DU TESTAMENT PAR LA VOLONTÉ DU TESTATEUR.

Par quels actes elle peut être faite. — Ancienne législation sur ce point. — Un testament peut-il être révoqué par un testament postérieur, nul en la forme, mais revêtu des formes des actes notariés? — De la déclaration du changement de volonté dans un acte écrit, daté et signé par le testateur.

342. Il est de l'essence du testament qu'il puisse être révoqué par le testateur à son gré : mais il était important de régler les formes des actes par lesquels cette révocation pouvait être faite, afin de faire cesser les difficultés que présentait à ce sujet l'ancienne législation.

Il résultait de la disposition de plusieurs lois romaines, et

des § 2 et 7 aux Institutes, *quid. mod. testam. infirm.*, qu'un testament ne pouvait être révoqué que par un autre qui fût solennel et parfait. Le motif de cette législation était, ainsi que je l'ai dit dans le Discours historique, que le testament qui, dans le principe, avait le caractère d'une loi, puisqu'il devait être confirmé par le peuple, ce qui était nécessaire pour déroger à la loi générale établie sur les successions, fut considéré dans la suite, lors même que cette forme solennelle ne fut plus observée, comme une loi particulière ou domestique, qui ne pouvait être détruite que par un autre acte qui eût la même vigueur. L'institution testamentaire ne pouvait pas même être anéantie par un codicille. On ne pouvait, par cet acte, que faire des legs, de l'acquittement desquels on chargeait l'héritier testamentaire ou l'héritier légitime, s'il n'y avait pas de testament. On pouvait encore, par le codicille, charger, par forme de fidéicommis, l'un ou l'autre de ces héritiers, de rendre tout ou partie de la succession à un autre; mais toujours fallait-il que le codicille fût revêtu de toutes les formes établies par la loi, que j'ai aussi expliquées.

Dans le pays coutumier, au contraire, où toutes les formalités des testamens des pays de droit écrit étaient inconnues, et où les dispositions testamentaires n'étaient considérées en général que comme des legs, on y admettait qu'un testament pouvait être révoqué par un simple acte qui établît une déclaration de changement de volonté.

Dans la première édition de ce Traité, page 227 du tome 2, j'avais d'abord pensé que les usages des Romains nous étant étrangers, les formes de nos testamens étant plus simples et se rapprochant de celles qui avaient lieu dans les pays de Coutume, il était dans l'ordre d'y établir les mêmes principes : en conséquence j'avais émis l'opinion qu'un testament pouvait être révoqué par un testament postérieur, quoique nul en la forme comme testament, mais revêtu des formes nécessaires pour la validité des actes ordinaires passés devant notaire.

Les réflexions que je fis à ce sujet, et les conférences que j'eus avec des hommes instruits, ne tardèrent pas à me faire

abandonner cette opinion : je la rétractai dans les observations insérées dans le tome 3 de la 1^{re} édition, pages 410 et suivantes.

Et en effet, il est dit dans l'article 1035 : « les testaments » ne pourront être révoqués en tout ou en partie que par » un testament postérieur, ou par un acte devant notaires, » portant déclaration du changement de volonté. »

Voilà les deux seules formes de révocation qui sont admises.

S'agit-il d'un testament postérieur ? La loi ne peut avoir entendu parler que d'un testament valable en sa forme ; car sans cela il n'est rien. Un acte nul en la forme qui seule lui donne la substance telle que la loi l'exige, ne peut, sous ce rapport, être d'aucun effet. Une volonté légalement émise ne peut être détruite que par la volonté contraire aussi légalement émise. Sans l'accomplissement des formes, la première volonté ne serait rien ; sans le même accomplissement, la seconde volonté deviendrait aussi à rien, et la première, consignée sous les formes légales, resterait dans toute sa force.

Aussi en droit écrit, où, d'après les lois romaines, un testament ne pouvait pas être révoqué par un simple acte portant déclaration de changement de volonté, mais bien par un autre testament, ce testament postérieur devait être parfait en sa forme. C'est ce qui est expliqué par Henrys, liv. 5, chap. 2, quest. 12, n° 7. Et dans les pays coutumiers, où le testament pouvait être révoqué par un acte portant simplement déclaration de changement de volonté, comme par un testament postérieur, il fallait, dans ce dernier cas, que le testament fût valable en sa forme. C'est ce qu'enseigne Ricard, *des Donations*, 3^e partie, n° 27.

Il est vrai que cet auteur ne s'en explique ainsi que pour le cas où le testament postérieur aurait été fait en faveur de personnes étrangères, le premier l'ayant été en faveur des héritiers du sang ; tandis qu'il avait dit, n° 126, que si le premier testament avait favorisé des étrangers, et que le second fût dans l'intérêt des héritiers du sang, alors le testament postérieur, quoique nul dans sa forme comme testa-

men
qu'il
faire
besoi
Cet
ainsi
de ce
ment
Ma
distin
tache
postér
de cha
La
qu'on
comm
dition
des for
on re
opinio
article
tive, q
la rend
Qua
de cel
la rév
ne sera
considé
est nul
n'est ce
pour d
la form
n° 127,
tume de
C'est
royale d
Cour d'a
la Cour

ment, devait avoir l'effet de révoquer le premier, pourvu qu'il fût *accompagné des formes qui sont nécessaires pour faire donner créance à un acte entre vifs, sans qu'il fût besoin qu'il fût revêtu de toutes les clauses testamentaires*. Cet auteur se fondait, à ce sujet, sur des lois romaines, ainsi qu'on le voit au n° 125. Encore fallait-il, d'après une de ces lois, que dans ce cas il y eût cinq témoins au testament postérieur.

Mais est-il possible actuellement de se permettre de telles distinctions, dès que l'art. 1035 ne les fait pas, et qu'il attache simplement la révocation du testament à un testament postérieur, ou à un acte devant notaires, portant déclaration de changement de volonté?

La discussion qui a eu lieu au Conseil d'état, apprend qu'on y a émis l'opinion, que le testament, quoique nul comme testament, devait opérer la révocation, sous la condition sous-entendue que le second testament serait revêtu des formes probantes pour les actes publics ordinaires. Mais on reconnut en même temps au Conseil d'état que cette opinion devait être convertie en loi par un article. Or, cet article n'a point paru; il n'y a donc eu qu'une pensée fugitive, qui ne peut obtenir une préférence sur la loi qui ne la rend pas.

Quand même le testament nul en sa forme, mais revêtu de celles d'un acte ordinaire devant notaires, contiendrait la révocation expresse du premier testament, ce testament ne serait pas pour cela révoqué. L'acte ne peut jamais être considéré que comme un testament; il est indivisible; et s'il est nul comme testament, il est nul pour le tout. Le testateur n'est censé avoir voulu révoquer le premier testament que pour donner vigueur au second, qui ne peut en avoir sans la forme testamentaire. C'est ce que disent Ricard, *loco cit.*, n° 127, et Auroux des Pommiers, sur l'art. 294 de la Coutume de Bourbonnais, nos 6 et 7.

C'est aussi ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour royale de Poitiers, du 29 août 1806; par un arrêt de la Cour d'appel de Turin, du 4 avril 1807; par un arrêt de la Cour royale de Pau, du 13 décembre 1808, et enfin par

un arrêt de la Cour royale de Limoges, du 13 mars 1809. Ces arrêts sont rapportés dans le Recueil de jurisprudence du Code, le premier, page 453, du 10^e vol., et les deux autres, pages 157 et 348 du 12^e vol.

Il en est de l'acte devant notaires, par lequel on aurait voulu faire une simple révocation, c'est-à-dire, une déclaration de changement de volonté, comme du testament postérieur. Cet acte portant déclaration de changement de volonté, doit absolument valoir, par l'observation des formalités, comme acte devant notaires, c'est-à-dire, comme acte public. Il y a des circonstances, où suivant la loi, un acte passé devant notaires pourrait ne pas valoir comme acte public, et néanmoins avoir son effet comme acte sous seing-privé. Mais cette règle ne peut s'appliquer, ni aux testaments, qui ne peuvent valoir qu'en la forme qu'on a choisie, ni à la donation entre vifs, qui ne peut être faite sous seing-privé, ni à une révocation de testament, pour laquelle on a choisi l'acte devant notaires, contenant déclaration de changement de volonté.

On ne peut se dissimuler que l'art. 1035 laisse encore une difficulté. Elle consiste à savoir si une simple déclaration de changement de volonté, doit nécessairement être faite par un acte devant notaires, ou si cette déclaration suffirait, si elle était consignée dans un écrit, daté et signé par le testateur, sans autres dispositions.

Pour la négative, on pourrait dire que de la manière dont s'explique l'article 1035, il semble que le législateur suppose par le mot *testament* qui s'y trouve employé, un testament contenant des dispositions, et non un acte qui contiendrait uniquement une révocation.

Mais pour l'affirmative on dirait, 1^o qu'une révocation faite par un acte sous la forme dont je viens de parler, doit être considérée comme un vrai testament. C'est disposer que d'ôter à ceux qui étaient déjà gratifiés par le premier testament ce qu'il leur déférait, et de livrer ses biens à la disposition de la loi. Tout cela ne peut être que l'émission des dernières intentions qui caractérisent un testament.

2^o. On pourrait soutenir cette même affirmative, par

les gradations par lesquelles la rédaction de l'art. 1035 a passé.

La discussion qui a eu lieu au Conseil d'état, apprend que l'article fut d'abord ainsi rédigé : « Les testamens ne » pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par » une déclaration du changement de volonté, dans l'une » des formes requises pour les testamens. » On en vint à la déclaration du changement de volonté par acte devant notaires, dans le sens que ce mode était moins solennel et plus commode, d'après l'observation de M. Tronchet, qui la proposa, et cette idée amena cette nouvelle rédaction : « Les testamens ne pourront être révoqués, en tout ou en » partie, que par un acte authentique, portant déclaration » de changement de volonté. » Sur cette nouvelle rédaction, le Tribunal remarqua l'inconvénient qu'il y avait d'exclure la révocation par testament olographe; et ce fut d'après cette remarque que l'article reçut sa dernière rédaction.

5°. On pourrait ajouter que, sans difficulté, un testament pourrait être révoqué valablement par un acte devant notaires, revêtu de toutes les formes nécessaires pour le testament, quoique cet acte, qui ne laisserait pas d'être un testament, ne contînt point d'autres dispositions. Mais si cela est ainsi, pourquoi n'en serait-il pas de même de l'acte de révocation, écrit, daté et signé par le testateur? Il serait étrange que celui qui pourrait être le ministre de son testament, ne pût être le ministre de la révocation de ce même testament; que celui qui pourrait faire plus, en révoquant un premier testament, et en faisant encore des dispositions nouvelles et différentes, ne pût pas faire moins, en révoquant simplement un premier testament.

Ces derniers raisonnemens me paraissent convaincans.

Tout ce que je viens de dire, s'applique également au mode de révocation de la donation entre époux, pendant le mariage, dont je parlerai n° 462.

[*Confirmation de l'opinion de l'auteur par des arrêts.*]

[342 bis. M. Toullier, *Droit civil français*, n° 620 et suiv., est entré dans une longue discussion, dans laquelle il soutient l'opinion contraire à celle pour laquelle nous avons cru devoir nous décider. Mais notre opinion avec ses motifs a été parfaitement adoptée par deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 4 novembre 1811, l'autre du 20 février 1821. Ils sont rapportés dans le Répertoire de M. Favard, au mot *Testament*, sect. 3, § 1^{er}, n° 3; celui du 20 février 1821, est aussi rapporté par Sirey, vol. 22, page 10. Ce dernier arrêt confirme l'opinion que nous avons adoptée, que la révocation peut se faire par un acte sous seing-privé, pourvu que cet acte soit revêtu de toutes les formes du testament olographe, et cette même opinion est encore plus particulièrement confirmée par un autre arrêt de la même Cour, du 17 mai 1814, rapporté dans le Journal de ses audiences, vol. 14, page 426.

Nous avons vu quelques personnes prétendre que si un testament postérieur nul ne révoque pas un testament antérieur, ce ne doit être que lorsque le second testament nul contient ou répète des dispositions qui seraient contenues dans le testament antérieur, en faveur du même individu qui aurait été institué héritier ou fait légataire par le premier testament; en sorte qu'on ne peut point alors supposer un changement de volonté; mais que hors de ce cas, et dans la thèse générale, le testament postérieur, même nul, révoque le testament antérieur; et ces personnes se fondent sur quelques arrêts.

Mais il est impossible d'adopter cette opinion, et elle ne résulte pas même des arrêts sur lesquels on croit pouvoir la fonder. On sent d'abord qu'il était impossible qu'une Cour devant laquelle la question se présentait, ne fût pas entrer dans ses motifs, la circonstance que le second testament manifestait, de la part du testateur, l'intention de conserver à l'individu qui était l'objet du premier testament, les mêmes avantages qui lui avaient été faits, même lorsqu'il y aurait eu quelques légères modifications. Mais rien ne

prouve que ces Cours eussent entendu que, sans cette circonstance, le testament antérieur eût été révoqué par le seul effet du testament postérieur qui serait nul; et l'on voit même le contraire.

Telle est l'idée qu'on conçoit à la lecture d'un arrêt de la Cour royale de Nîmes, du 7 décembre 1821, rapporté par Sirey, vol. 22, 2^e partie, pag. 524. Dans l'espèce de cet arrêt, un second testament contenait une substitution nulle, d'après l'art. 896 du Code civil. Mais au fond, le testament n'était pas nul en lui-même; il répétait au profit d'un individu les mêmes avantages qui lui avaient été faits par le précédent testament, avec une légère modification. Il est vrai que le second testament contenait une clause révocatoire du premier; mais la Cour royale jugea que cette clause *n'avait pu être apposée par le testateur que conditionnellement, et pour le cas seulement où le second testament ne serait pas resté sans effet; ce qui a eu lieu contre l'attente du testateur, à raison de la substitution prohibée qui s'y trouve*. La Cour royale de Nîmes a pensé, dès lors, qu'il était évident que le testateur avait persisté dans l'intention de gratifier le même individu qui l'était déjà par le premier testament, lequel était valable.

La question en thèse ne se présentait donc pas : la Cour royale de Nîmes ne l'a donc pas jugée. On ne voit dans son arrêt qu'une conciliation sage de deux testamens, dont aucun n'était nul, et dont le second contenait seulement une substitution dont la prohibition n'influa point sur le reste de ses dispositions.

La même idée se conçoit encore plus fortement à la lecture d'un arrêt de la Cour royale d'Angers, du 24 mai 1824, rapporté par Sirey, vol. 23, part. 2^e, page 14. Pour peu qu'on réfléchisse sur cet arrêt, on est convaincu que bien loin d'avoir voulu porter une décision opposée à ce que nous avons dit sur la question, elle a voulu au contraire confirmer le principe qui fait la base de notre opinion. « Attendu, est-il dit dans l'arrêt, qu'un acte postérieur qui n'est pas revêtu des formes voulues par la loi, pour les testamens, ne peut être qualifié testament, et produire les effets que

la loi attribue aux actes de cette nature; — Que la loi n'a pas attribué aux testamens qui seraient annulés pour défaut de formes, la faculté de révoquer le testament antérieur, *lorsqu'il contiendrait cette révocation exprimée*, etc. »

Enfin on doit porter le même jugement d'un arrêt de la Cour de cassation, du 23 janvier 1810. Il est aussi rapporté par Sirey, vol. 10^e, pag. 126. Pour abrégér, nous nous bornons à renvoyer à l'arrêt.

On peut donc regarder comme constant qu'un testament nul en sa forme, ne révoquerait pas un testament antérieur qui serait valable, même quoique le second testament nul contint une clause révocatoire du premier, parce qu'un testament nul est comme s'il n'existait pas; il n'est rien.

Mais un testament qui serait nul, pourrait-il reprendre vigueur par un acte postérieur qui en contiendrait une simple approbation ou ratification?

342 *ter*. La question que nous venons de traiter, qui est relative aux formes que doit avoir un acte auquel on voudrait attribuer l'effet de la révocation d'un testament antérieur qui serait valable, peut se présenter en un sens inverse. Il s'agirait de savoir si un testament qui serait nul, pourrait reprendre sa vigueur et son effet par un acte postérieur qui en contiendrait une approbation ou une ratification, et qui ne serait pas proprement un testament, ou qui serait même un testament régulier par lequel on se bornerait à ordonner l'exécution d'un premier testament nul dans sa forme.

On voit dans les auteurs et les recueils de fortes discussions à ce sujet. Cependant la solution se réduit à un point bien simple, qui est que tout acte qui est nul, à raison d'un vice de forme qui détruit sa substance, ne peut être approuvé ou ratifié avec effet par une simple ratification; il faut un nouvel acte qui renferme la disposition qui est nulle, et à laquelle on veut donner sa vigueur. Ici revient le grand principe enseigné par Dumoulin, et c'est le cas de dire avec lui : *Qui confirmat nihil dat, nihil novi con-*

fert. Il faut que le nouvel acte soit fait avec toutes les formes que la loi prescrit pour la validité de la disposition. C'est ce qu'on voit dans notre législation pour tous les actes en général, dont la substance est attaquée par un vice de forme. L'article 1339 du Code civil le porte expressément pour la donation entre vifs qui serait nulle, et il est impossible de concevoir qu'il ne doive pas en être de même pour le testament, ainsi que nous avons eu occasion de le dire au n° 325. On sent bien que nous entendons seulement parler ici de toute approbation ou ratification de la part du testateur, et non de celle qui serait du fait de ses héritiers ou ayant-cause; ceci tiendrait à d'autres principes, ainsi qu'on peut le voir au même n° 325.

M. Merlin, 17^e vol. du Répertoire, au mot *Testament*, sect. 2^e, § 1^{er}, art. 4, n^{os} 3, 4 et 5, traite cette question avec étendue et sous différens rapports, à raison de circonstances particulières, et le résultat est toujours que le testament nul ne peut être validé par un testament postérieur, par lequel l'exécution en serait simplement ordonnée. L'auteur cite deux arrêts remarquables à ce sujet, n° 3, l'un de la Cour royale de Besançon, du 19 mai 1809; l'autre de la Cour d'appel de Turin, du 19 mars 1810. On lit dans le premier de ces arrêts ce motif, « que de ces articles (du Code civil) il résulte évidemment qu'un testament nul ne peut être confirmé par un testament postérieur, à moins que la disposition renfermée dans le premier testament ne se trouve retracée dans le second; cas auquel c'est la seconde disposition qui doit avoir son effet, et non la première; — Que l'art. 1338 du même Code exigeant que l'acte confirmatif d'une simple obligation renferme la substance de l'acte ratifié, et l'art. 1339 décidant que le donateur ne peut réparer, par aucun acte confirmatif, les vices d'une donation entre vifs qui doit être refaite dans la forme légale, il en doit être de même, et à plus forte raison, d'un testament qui exige encore plus de solennité. »

L'arrêt de la Cour d'appel de Turin renferme un motif plus remarquable encore, en ce que, pour remédier à la nullité du premier testament, il trace une marche plus

décisive et plus sûre. « Attendu que le Code civil ne présente nulle part aux testateurs un moyen pour valider les testamens nuls ; que ce n'est que par la confection d'un testament postérieur, d'après les formes requises par la loi, que le testateur peut s'assurer de l'exécution de ses dernières volontés, toujours indépendamment de celles contenues dans le précédent, qui comme nul, ne peut jamais figurer devant la loi comme un acte de dernière volonté. »

Par une suite du même principe, un testament serait nul si, pour connaître l'héritier institué, il fallait se reporter à un autre testament *nul en la forme*. Il est bien reconnu qu'une institution peut se faire par relation à un acte antérieur, mais elle ne peut se faire par relation à un acte *nul*. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour de cassation, du 21 octobre 1814. Il est rapporté avec les détails qui font connaître l'espèce, par M. Merlin, *lococitato* ; n° 4, et par M. Favard, au mot *Testament*, sect. 1^{re}, § 1^{er}, n° 5. Le contenu de l'arrêt qui est très-court, en donnant une idée de l'espèce, en fait connaître les motifs. « Considérant que le défaut de mention de la lecture du testament faite au testateur, est une nullité radicale qui rend l'acte incapable de faire preuve que le testateur ait connu ce qu'il a souscrit ; — Qu'il est avoué que le premier testament de René Tamisey, du 5 pluviôse an 12, est infecté de cette nullité ; — Que dès lors la Cour royale de Dijon n'a pu contrevenir à aucune loi, en refusant de recourir à ce testament pour reconnaître des héritiers qui n'étaient indiqués dans le second testament du même René Tamisey, que comme étant institués dans le premier. — La Cour REJETTE, etc. »]

Du testament postérieur.

343. Il est dans l'ordre qu'un testateur puisse, par des testamens postérieurs, révoquer en partie, modifier ou interpréter des précédens. C'est ce qui a toujours été pratiqué par des dispositions de dernière volonté, qui, dans

l'usage, étaient appelées *codicilles*. Alors tous les testamens peuvent avoir leur effet en conciliant leurs dispositions : tel est le résultat de l'art. 1056 du Code civil.

Mais tous ces différens actes sont également des testamens. Notre législation n'admet plus la dénomination de *codicille*, à laquelle s'attachaient anciennement, surtout dans les pays de droit écrit, tant d'idées opposées à nos usages. Voyez ce que j'ai dit à ce sujet dans le Discours historique, et dans les Observations préliminaires.

Cet art. 1056 du Code civil a donné lieu à un arrêt de la Cour royale de Nîmes, du 7 février 1809, qu'il est bon de connaître, parce qu'il peut mettre à même de se former des idées sur l'application de la loi.

Cet article est ainsi conçu : « Les testamens postérieurs » qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les pré- » cédens, n'annuleront dans ceux-ci que celles des dispo- » sitions y contenues qui se trouveront incompatibles avec » les nouvelles, ou qui seront contraires. »

En venant à l'espèce de l'arrêt, suivant le rapport qui en est fait dans le Recueil de jurisprudence du Code civil, tome 12, pag. 216, le 1^{er} thermidor an 7, la dame Granet, épouse Lambert, fit un testament ainsi conçu : « Je donne » et lègue au citoyen Alexis Brunot-Sauvet fils, la sixième » partie de tous mes biens ; je fais, nomme et institue » pour mon héritier général et universel le citoyen Jean- » Joseph Granet, mon mari, pour par lui faire et » disposer de mes biens à ses plaisir et volonté : tel est » mon testament, que je veux qu'il vaille par cette voie, » sinon de codicille, donation à cause de mort, et par tous » autres moyens que mieux pourra et devra valoir, etc. »

L'institution devint caduque par le décès du mari de la testatrice.

Mais le legs de Sauvet fut maintenu par l'effet de la clause codicillaire.

Le 6 thermidor an 12, la veuve Lambert fit un nouveau testament par lequel, après différens legs, au nombre desquels on ne retrouve plus celui qu'elle avait fait, en l'an 7, au sieur Sauvet, elle « nomme et institue pour son héri-

» tière et légataire générale et universelle, la demoiselle
 » Catherine Lambert, sa cousine, pour de ses entiers biens
 » meubles et immeubles, noms, voies, droits, raisons et
 » actions présens et à venir, s'en mettre en possession dès
 » son décès, en disposer à ses plaisir et volonté, et en
 » rester à jamais propriétaire incommutable. »

Ce testament ne contenait aucune révocation expresse du précédent.

Décès de la testatrice. Le sieur Sauvet demande à l'héritière la délivrance du legs contenu en sa faveur dans le testament de l'an 7. L'héritière la refuse et soutient le legs révoqué par le second testament.

L'arrêtiste dans lequel nous puissions l'arrêt, rapporte, d'une manière satisfaisante et instructive, tous les moyens qui furent opposés de part et d'autre. Pour abréger, nous nous contentons d'y renvoyer ; mais nous rapporterons les motifs et le dispositif de l'arrêt de la Cour, qui se décida pour la demande, en infirmant le jugement contraire du tribunal de première instance.

« Considérant que les dispositions testamentaires ne sont
 » qu'un projet pendant la vie de leurs auteurs, et ne re-
 » çoivent exécution qu'après leur mort ; qu'il faut donc
 » consulter exclusivement, lorsqu'il s'agit non des forma-
 » lités de l'acte, mais de la volonté des testateurs, les lois
 » existantes dans le moment où ils ont cessé de vivre ;

» Considérant que la veuve Granet n'a pas révoqué, soit
 » par un testament postérieur, soit par un acte devant
 » notaire, portant déclaration de changement de sa volonté,
 » le legs du sixième de ses biens, écrit, en faveur du sieur
 » Sauvet, dans son testament du 1^{er} thermidor an 7 ;

» Considérant que ce legs est compatible avec l'institu-
 » tion universelle faite au profit de Catherine Lambert, et
 » que ces deux dispositions, bien loin d'être contraires,
 » se concilient et sont réunies par la loi même qui soumet
 » le légataire d'une quote-part de biens à demander la dé-
 » livrance au légataire universel ;

» Vu les articles 1003, 1010, 1011, 1035 et 1036 du
 Code civil,

» La Cour, disant droit, a réformé, etc.; faisant un nouveau jugement, a condamné la demoiselle Lambert à déléguer et expédier au sieur Sauvet le sixième de tous les biens quelconques délaissés par la dame Lambert, veuve Granet, avec restitution des fruits et paiement des intérêts depuis l'époque de son décès. »

Il paraît singulier, au premier coup d'œil, qu'on fasse concourir un dernier testament qui emporte la disposition de tous les biens généralement, sans exception, avec la disposition d'un précédent testament contenant legs du sixième des biens de la testatrice en faveur d'un tiers.

On incline d'abord à croire que la seconde disposition emporte, au moins tacitement, la révocation du legs du sixième, contenu dans un premier testament; le don du tout, lors du dernier testament, semblant révoquer le don de partie qui se trouvait dans un ancien testament, lequel n'est rappelé en aucune manière. Qui donne tout n'excepte rien; et il semble que, dans ce cas, il eût fallu, dès qu'on disposait de tout par un legs universel, annoncer qu'on entendait néanmoins que le legs du sixième, contenu dans le précédent testament, eût son effet.

Cependant, en y réfléchissant bien, et en se pénétrant des expressions de l'art. 1036 du Code, l'étonnement disparaît.

Il est incontestable que le second testament ne révoquait pas, d'une manière expresse, le précédent. Dès lors, d'après cet art. 1036, le testament postérieur n'annulait dans le testament antérieur que celles des dispositions y contenues, qui se trouveraient incompatibles avec les nouvelles, ou qui seraient contraires.

Or, dans le second testament il n'y avait, à tout bien prendre, d'incompatible ou de contraire avec ce qui était contenu dans le premier testament, que le legs universel de tous les biens, fait à Catherine Lambert. Il est sensible que ce legs détruisait celui de pareille nature fait, par le premier testament, en faveur du sieur Jean-Joseph Granet.

Mais le legs du sixième, fait par le premier testament au sieur Sauvet fils, pouvait toujours concourir avec le legs

universel fait par le second testament, étant de principe, en général, ainsi que cela est établi par les motifs de l'arrêt, et ainsi que je l'ai démontré dans cette seconde partie du Traité, chap. 2, sect. 1^{re}, n° 289, qu'un legs universel ne laisse pas de conserver ce caractère et d'en avoir les effets, quoique le testament qui le contient, renferme aussi un legs non-seulement à *titre particulier*, mais encore à *titre universel*. Ce legs du sixième n'était pas plus incompatible avec le legs universel fait, par le second testament, à Catherine Lambert, qu'il l'était avec le legs universel fait, par le premier testament, au sieur Sauvet fils. Ce legs du sixième pouvait être censé confirmé et même répété par le second testament, dès que, dans ce second testament, il n'y avait ni révocation de ce legs, ni révocation en aucune manière du premier testament. Ce qui fortifiait cette idée, c'est la circonstance que le sieur Granet, mari de la testatrice, était décédé depuis le premier testament par lequel il était nommé légataire universel, et que tout faisait présumer que, d'après ce prédécès, la testatrice avait seulement voulu substituer un nouveau légataire universel, à son mari qui ne pouvait plus l'être, sans néanmoins entendre anéantir le legs du sixième qui était déjà fait.

Cependant, lorsqu'il y aura un concours de plusieurs testamens, il sera prudent d'en expliquer les différentes clauses avec précision, et de ne pas donner lieu, par des réticences sur certaines dispositions déjà faites, et qu'on ne rappellerait pas dans la suite, à des interprétations qui font toujours craindre sur le sort des dispositions.

Du cas où le testament resterait sans exécution.

544. Le législateur a sagement prévu, dans l'art. 1037, le cas où le testament postérieur resterait sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de recueillir. Il a voulu que la révocation faite dans ce testament postérieur eût même alors tout son effet. Cette disposition a mis un terme à beaucoup de difficultés qui avaient lieu à ce sujet dans l'ancienne jurisprudence. On doit porter le même jugement sur les cas dans lesquels

le légataire ou l'héritier institué seraient jugés indignes de profiter du legs.

De la disposition postérieure des biens par donation ou institution.

545. Quelques auteurs ont remarqué que le testament était révoqué, ou, pour mieux dire, qu'il devenait inutile, lorsque le testateur disposait ensuite de ses biens par donation entre vifs ou par institution contractuelle.

Il ne pouvait y avoir de doute. Un acte qui de sa nature est révocable, ne peut être révoqué plus efficacement que par une disposition postérieure des mêmes biens ; et même, en cas d'incapacité de recevoir de la part du donataire ou de l'héritier contractuel, on peut dire, d'après l'esprit de la loi, relativement au testament postérieur, que le testament précédent serait révoqué : il y a toujours changement de volonté.

[*Mais quel serait le sort du testament, si la donation postérieure était nulle.*]

[545 bis. Mais quel serait le sort du testament, si la donation postérieure des mêmes biens était nulle, et si elle restait sans effet ? C'est une question qui, selon les circonstances, peut devenir importante et difficile. Quelle que soit la cause pour laquelle la donation est nulle ou demeure sans effet, il semble être hors de doute qu'elle annule le legs fait par un précédent testament. Tel est le résultat de l'art. 1038 du Code civil. Il y est dit : « Toute aliénation, celle même par vente avec faculté de rachat ou par » échange, que fera le testateur de tout ou de partie de » la chose léguée, emportera la révocation du legs pour » tout ce qui a été aliéné, encore que l'aliénation postérieure soit nulle, et que l'objet soit rentré dans la main » du testateur. »

La donation est sans contredit une aliénation, par une conséquence de l'article 711 du Code civil, et on ne manque jamais de la comprendre sous ce titre général d'aliénation, à l'égard des personnes contre lesquelles la prohibi-

tion d'aliéner est prononcée. Le dessein de donner et d'aliéner fait supposer une volonté contraire à celle qui avait fait la base du legs. Et ce qui prouve que cette volonté nouvelle détruit entièrement la première, c'est que le legs est absolument anéanti, même quoique l'aliénation soit nulle, et que l'objet soit rentré dans les mains du testateur.

Le legs serait révoqué par la donation qui, même, serait frappée d'une nullité intrinsèque qui prendrait son fondement dans un vice de forme. Cela est vrai, par cela seul que, comme on vient de le voir, la révocation du legs se déduit de la seule intention de donner, qui est manifestée par l'acte de donation. Et à plus forte raison la donation emporte la révocation du legs, lorsqu'elle demeure sans effet, uniquement par un défaut d'acceptation de la part du donataire, ou par un vice de forme dans cette acceptation, ce qui n'est qu'une nullité extrinsèque : c'est ce qui résulte de la disposition de ces termes de l'article 1038, « encore que l'aliénation postérieure soit nulle, et que » l'objet soit rentré dans la main du testateur. » On peut tirer la même conséquence, par analogie, de l'art. 1037, qui est ainsi conçu : « La révocation faite dans un testament » postérieur aura tout son effet, quoique le nouvel acte » reste sans exécution, *par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de recueillir.* »

La principale difficulté qui s'élève sur le cas de la donation postérieure au legs, est de savoir si la donation doit, ou non, emporter la révocation du legs, lorsqu'elle est faite au même individu qui avait été institué légataire. On sent bien que la difficulté n'existe pas, lorsque la donation est uniquement du même objet qui avait été légué, et qu'elle est faite au même individu, sous les mêmes conditions. Bien loin qu'il y ait là un changement de volonté, il y en a une plus énergique encore pour la confirmation de la disposition, puisque, de révocable qu'elle était, le disposant la rend irrévocable, et que tel est l'unique objet de la donation. On sent encore que, dans ce cas, la nullité de la donation ne porterait pas atteinte au legs, parce qu'il

serait évident qu'il y aurait toujours persévérance de la même volonté. Mais la difficulté se présente, lorsque la donation, quoique faite en faveur du légataire, contient des charges, des conditions nouvelles qui annoncent une tout autre volonté.

La Cour de cassation, section civile, a rendu, pour ce cas, un arrêt très-remarquable; il est du 25 avril 1825 : il est rapporté par M. Dalloz, vol. 25, page 785. Dans l'espèce de cet arrêt, Ignace Parléani avait, dans un testament public, du 50 août 1809, légué tous ses biens à sa commune, pour l'établissement d'une école primaire. Ce testament contenait une foule de charges et de conditions : ce même testament fut révoqué par acte notarié, du 16 septembre 1812. Parléani y disposa de nouveau de sa fortune au profit de la même commune, à titre de donation entre vifs, aussi pour l'établissement d'une école primaire; mais toutes les autres dispositions furent changées. On voit ces changemens dans l'arrêtiste, qui rapporte avec exactitude les dispositions contenues dans le testament, et celles que renfermait la donation entre vifs. On doit remarquer deux circonstances, l'une que la donation entre vifs était terminée par une clause ainsi conçue : « Cassant et annulant toute autre disposition quelconque qu'il peut avoir faite avant celle-ci, voulant que celle-ci seulement soit exécutée selon sa forme et teneur; » l'autre, que la donation ne fut point acceptée par la commune.

Après la mort de Parléani, la validité du legs et de la donation fut contestée par les héritiers. On voit dans le Recueil les moyens qui furent respectivement opposés; mais, pour abréger, nous nous contenterons de rapporter l'arrêt de la Cour de cassation, qui les fait pressentir, et qui cassa un arrêt de la Cour royale de Corse. Cette Cour avait confirmé le legs, parce qu'on ne pouvait, suivant elle, le regarder comme révoqué par la donation postérieure qui tendait à le confirmer avec plus d'efficacité; elle ne s'était pas arrêtée à la clause révocatoire contenue dans la donation, sur le fondement que n'étant pas individuelle, elle devait être, à cause de son expression géné-

rale, regardée comme une clause purement de style et du fait du notaire. Voici les termes de l'arrêt de la Cour de cassation :

« Vu les art. 1035, 1036 et 1038 du Code civil ; attendu que la Cour royale a reconnu, en point de droit, que la donation entre vifs est une aliénation, et en fait, que la donation du 16 septembre 1812, comprenait la totalité des biens compris au legs universel du 30 août 1809 ; que cependant, elle n'a pas vu dans cette donation la révocation implicite du legs dont il s'agit, d'après cette considération que le légataire et le donataire étaient une seule et même personne, quoique le testament et la donation n'eussent pas été faits sous les mêmes charges et conditions ; d'où suit d'abord qu'il a été fait par ladite Cour une violation de l'art. 1038 du Code civil ;

» Attendu, d'autre part, que la donation dudit jour 16 septembre 1812, contenait la révocation la plus expresse de toutes les dispositions que le donateur aurait pu faire antérieurement de ses biens ; et qu'aux termes de l'article 1035 du même Code, l'acte de révocation inséré dans un acte devant notaire, devait produire tout son effet, de sorte que la Cour royale n'a pu ordonner l'exécution du testament du 30 août 1809, sans avoir violé ledit article, et par suite l'article 1037 ; — Par ces motifs, casse et annule l'arrêt rendu par la Cour royale de Bastia, le 15 mars 1823, etc. »

Cet arrêt juge en thèse que, par cela seul qu'il a été fait une donation des objets légués, il y a changement de volonté, même quoique la donation porte sur les mêmes objets, et en faveur de celui qui en avait déjà été légataire par testament, lorsque les charges et les conditions de la donation sont différentes de celles du testament.

Il est vrai que la seconde partie de l'arrêt annonce que la Cour de cassation s'est encore décidée par le motif que la donation du 16 septembre 1812, contenait la révocation la plus expresse de toutes les dispositions que le donateur aurait pu faire antérieurement de ses biens. Mais on ne doit voir là qu'une accumulation de motifs, et il ne reste pas

moins pour vrai que le premier motif aurait seul été reconnu pour décisif : deux motifs se fortifient par leur concours, mais l'un n'atténue pas l'autre.

Mais on pourrait tirer de la suite du motif une fausse induction de l'arrêt, qu'il est bon de prévenir. Après le motif résultant de l'apposition de la clause révocable, il est ajouté de suite, « et qu'aux termes de l'article 1055 du même Code, l'acte de revocation inséré dans un acte devant notaire, devait produire tout son effet; de sorte que la Cour royale n'a pu ordonner l'exécution du testament du 30 août 1809, sans avoir violé le dit article (1055), et par suite l'article 1037. » On pourrait dire que la Cour de cassation a entendu que de même que la clause révocatoire du précédent testament, apposée dans la donation postérieure, quoique nulle comme donation, révoque le testament antérieur, de même la clause révocatoire, apposée dans un testament postérieur, révoque le précédent testament, quoique le second testament soit nul en lui-même.

Mais cette induction serait fautive, et le raisonnement serait vicieux : on ne peut croire que la Cour de cassation l'ait entendu ainsi; d'un côté, elle n'a pas voulu renverser sa propre jurisprudence, d'après laquelle le testament nul ne révoque pas un testament valable, même quoique la clause révocatoire se trouve dans le testament nul. Nous renvoyons à ce sujet à ce que nous avons dit aux nos 342 et 342 bis. D'un autre côté, la donation est un acte qui diffère tellement du testament, qu'il ne serait pas étonnant que la Cour de cassation eût attribué à la clause révocatoire apposée dans la donation, un effet tout différent qu'à celle qui serait apposée dans un testament postérieur; la donation emporte toujours quelques modifications dans la pensée de celui qui avait d'abord choisi un acte testamentaire pour exercer ses libéralités. On ne peut considérer du même oeil deux actes qui sont si dissemblables en tant de points; et il est impossible de dire, d'une manière absolue, comme pour deux testaments, qu'il n'y a pas changement de volonté.

D'ailleurs, dans l'espèce de l'arrêt du 25 avril 1825, la donation faite au profit de la commune n'avait pas été ac-

ceptée. Or, une donation, quoique non acceptée, ou dont l'acceptation serait nulle en la forme, ne laisse pas d'être un acte qui a tout son effet par rapport au donateur, en ce sens qu'il constate une volonté d'une manière absolue et positive. La donation, sous ce rapport, a pu être assimilée par la Cour de cassation, non pas au testament postérieur qui serait nul, mais bien à un acte ordinaire passé devant notaires, revêtu des formes légales, qui porterait expressément l'émission de la révocation du testament précédent, et qui se bornerait à cette révocation. Or, un tel acte d'après l'art. 1035, emporte la révocation du testament antérieur; ce qu'on ne peut pas dire, d'après le même article, du testament postérieur qui serait nul. C'est donc en ce sens seulement, et en prenant la donation, surtout dès qu'elle n'était pas acceptée, comme un acte *devant notaire*, ce qui veut dire un acte devant notaire, autre qu'un testament, que la Cour de cassation a entendu appliquer l'article 1035.]

Du cas où le testateur voudrait revenir aux dispositions d'un testament révoqué.

546. Si un premier testament a été révoqué, et que le testateur veuille revenir aux dispositions contenues dans ce premier testament, ce ne serait pas le cas d'une simple déclaration, portant changement de volonté respectivement au second testament, et persévérance dans les dispositions du premier.

La révocation a détruit l'effet du premier testament : dès lors il faut une nouvelle disposition testamentaire. Cela résulte de la disposition de l'article 1035 du Code, qui n'admet la déclaration du changement de volonté que dans le sens de la révocation, ce qui est bien différent de la réhabilitation du testament révoqué par un acte postérieur.

On peut assimiler ce cas à celui où un testateur voudrait ratifier ou confirmer par un simple acte ordinaire un testament qui serait nul par le défaut de formalités. On ne peut confirmer ni un testament qui n'existe point, ou, ce qui est de même, qui est nul, ni celui qui était valable dans le principe, mais qui a cessé d'exister.

[Mais deux arrêts de la Cour de cassation , qui n'ont pu être connus qu'après la seconde édition de notre *Traité*, ont décidé la question dans un sens contraire; ils ont jugé qu'un premier testament révoqué par un second est revalidé par un troisième qui, en révoquant le second, ordonne simplement l'exécution du premier, pourvu que le troisième testament soit revêtu des formalités prescrites par la loi. Le premier de ces arrêts est du 4 décembre 1811; il est rapporté dans le *Répertoire* de M. Favard, au mot *Testament*, sect. 3, § 1^{er}, n° 6; le second, du 4 décembre 1817, l'est par M. Merlin, 17^e vol. de son *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. 2, § 1^{er}, art. 4, n° 2. La question était délicate; il ne faut rien moins que deux arrêts précis pour faire cesser les doutes.]

Du testament bâtonné ou biffé.

347. Ce n'est pas une question embarrassante de savoir si un testament qui se trouve bâtonné ou biffé doit avoir son exécution : il est évident qu'il doit demeurer dans les termes d'un acte tacitement révoqué. Voyez Pothier, *des don. testam.*, chap. 6, sect. 2, § 2. On sent cependant qu'il en serait différemment s'il était prouvé que le testament eût été bâtonné ou biffé par tout autre que le testateur.

Mais la difficulté est de savoir si un second testament qui porterait la révocation d'un premier, se trouvant bâtonné ou biffé, le premier devrait avoir son effet.

Ce cas n'est pas exactement semblable à celui de la révocation par un second testament ou par un autre acte en règle. Il y a alors une révocation expresse qui annule le premier testament; tandis que, dans le second cas, l'annulation tacite du second testament laisse supposer que le testateur a eu l'intention que le premier fût exécuté. Ricard, *des Don.*, part. 3, n° 182, rapporte un arrêt du parlement de Paris, de 1620, qui a jugé dans ce sens. On comprend aisément que ce serait mal assurer ses dispositions testamentaires, que les exposer à des pareilles difficultés.

[Quid, si les doubles du testament, ou l'un d'eux, étaient seuls biffés, et s'il en restait un qui fût sain ?]

[347 bis. Nous persistons dans ce qui vient d'être dit : le testament biffé et bâtonné, lorsqu'on doit croire que tout cela est du fait du testateur, doit être regardé comme supprimé par le testateur, et comme n'ayant jamais existé. Mais si cette proposition ne fait aucun doute, il en résulte la conséquence qu'un premier testament valable qui aurait été révoqué par le second testament biffé ou bâtonné, reprend sa vigueur par l'effet de l'annulation du second testament. Ce second testament étant réduit au néant de la même manière que s'il avait été supprimé, il n'y a plus de révocation ; et, s'il n'y a pas de révocation, le premier testament reste.

Mais c'est ici l'occasion de rappeler une difficulté qui s'est présentée, et dont la décision est importante. Nous avons remarqué ailleurs qu'un testateur pouvait, sans inconvénient, faire plusieurs originaux ou doubles de son testament olographe. Or, supposons que plusieurs de ces doubles, même un seul, s'il n'y en avait qu'un, fût bâtonné, raturé, de manière que tout annonçât que le testateur a entendu annuler ce double ; alors le double qui resterait et qui serait trouvé sain et entier, revêtu de toutes les formalités prescrites par la loi, devrait-il avoir force de testament, comme il l'aurait, s'il n'y en avait jamais eu de double ? La Cour de cassation, section civile, a jugé l'affirmative, par un arrêt du 5 mai 1824, rapporté par Sirey, vol. 24, page 187, et par M. Dalloz, même volume, page 185. Il s'agissait du testament de M. Armand, conseiller en la Cour royale de Riom. L'arrêt est principalement motivé sur ce que, d'après les articles 1035 et 1036 du Code, un testament ne peut être révoqué en tout ou en partie *que d'une manière expresse, par un fait positif, soit par un autre testament, ou un acte notarié qui annonce le changement de volonté, soit par la disposition d'un second testament inconciliable avec celle du premier*. On y voit encore pour motif que la cour royale dont l'arrêt fut cassé, avait pu considérer comme annulé

celui des exemplaires qui avait une date fausse, qui d'ailleurs, était couvert de ratures, de renvois, de surcharges, non approuvés par le testateur, parce que ces circonstances constataient matériellement l'annulation de ce double; mais qu'en décidant que l'annulation de celui-ci devait produire l'effet d'annuler l'autre resté intact, fait dans la forme prescrite par l'article 970 du Code civil, et valable aux termes de cet article, la Cour royale ne s'est fondée que sur ce qui lui a paru être l'intention du testateur, et que son arrêt, qui repose uniquement sur des présomptions, contrevient aux articles 790, 1035 et 1036 du Code civil. Nous faisons remarquer que sur le renvoi de l'affaire à la Cour royale de Lyon, cette Cour a rendu un arrêt conforme, le 26 janvier 1825.

On sent facilement que la circonstance, que le double du testament qui était raturé contenait une date fausse respectivement au double qui était resté sain, n'a pu influencer sur la décision, qui, sans cette circonstance, eût dû être la même.

Nous remarquons encore que M. Dalloz indique des autorités qui tendent à confirmer ce que nous avons dit dans ce numéro, mais abstraction faite de l'espèce du testament de M. Armand, qui était inconnue lors de la seconde édition de notre Traité.]

§ III.

DE LA CADUCITÉ DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES.

Ce qu'on entend par caducité, et quand elle a lieu.

348. On a toujours entendu par *caducité*, l'inutilité des dispositions testamentaires, par le refus ou par l'impossibilité de les recueillir, de la part de ceux auxquels elles étaient faites.

Ainsi, il y a caducité lorsque le légataire ou l'héritier institué meurt avant le testateur, s'il refuse d'accepter la disposition, ou s'il se trouve incapable de la recueillir. Articles 1039 et 1043.

Il y a caducité, par parité de raisons, si le légataire ou l'héritier institué a perdu la jouissance des droits civils, à l'époque du décès du testateur, ou en cas d'indignité.

Quand la disposition testamentaire est subordonnée à une condition qui dépend d'un événement incertain, la caducité se fixe à l'époque de l'accomplissement de la condition. Art. 1040.

Mais il n'en est pas de même de la condition purement suspensive de l'exécution de la disposition testamentaire. L'état du légataire doit être fixé à l'époque du décès. Il transmettra à ses héritiers son droit, quoique suspendu dans son exécution. Art. 1041.

La caducité prend son fondement dans la présomption que le testateur ne considère que la personne du légataire, et jamais ses héritiers ou représentans.

C'est pourquoi si un legs était fait à quelqu'un, non en tant qu'il est une telle personne, mais en tant qu'il a un certain titre qui ne meurt point, et qui passe à ses successeurs, il n'y aurait point de caducité quand le légataire prédécéderait le testateur. V. Pothier, *des Don. testam.*, chap. 6, sect. 5, § 1^{er}.

Par la même raison, il n'y aurait pas de caducité, si le legs avait été fait au légataire et à ses héritiers. Dans ce cas, il n'y aurait pas de transmission du legs de la part du légataire prédécédé, puisqu'il ne lui aurait jamais appartenu ; mais ses héritiers le recueilleraient directement, parce qu'ils seraient présumés être personnellement appelés à le recueillir par le testateur. On peut voir à ce sujet un arrêt du 25 juin 1671, rapporté au Journal du Palais.

Qui doit profiter de la caducité de la disposition.

349. Une des principales difficultés sur cette matière, est de savoir qui doit profiter de la caducité de la disposition.

On peut donner comme règle que c'est celui qui en est grevé.

Ainsi, s'il n'y a point de legs universel, il est évident que la caducité tourne au profit des héritiers *ab intestat*, le legs

étant une délibération sur la succession, qui n'a plus lieu dès qu'il ne peut pas être exécuté.

S'il y a un légataire universel, la caducité lui profite : il est mis, par la volonté du testateur, à la place de ceux qui devraient avoir ses biens disponibles. Ce principe est consacré par un arrêt de la Cour de cassation, du 20 juillet 1809, rapporté dans le Recueil de Denevers, page 269 du vol. de 1809, et dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 281 du 13^e volume.

La caducité a lieu au profit du légataire universel, même quoiqu'il soit en concours avec des héritiers auxquels la loi accorde une réserve. Il suffit que la réserve soit intacte : le testateur a voulu que le légataire universel eût le surplus.

Le légataire à titre universel, et même un légataire à titre particulier, peuvent également profiter de la caducité, si la manière dont la disposition testamentaire est conçue, annonce que le legs caduc était une délibération de leur legs, et que sans le legs particulier de l'objet, ils devaient le conserver. On peut citer pour exemple le cas où il y aurait un legs de tout le mobilier, à l'exception de quelques meubles ou effets qui auraient été particulièrement légués, ainsi que celui où une ferme aurait été léguée à l'exception d'un objet particulier qui en aurait dépendu, et pour lequel il y aurait un legs séparé.

On ne peut abandonner ces idées que lorsque le testateur a manifesté des intentions contraires. Du reste, et en thèse générale, l'institué ou légataire d'une quote-part seulement dans l'universalité des biens, ne profite pas de la caducité des legs particuliers, et ces legs appartiennent à l'héritier présomptif. Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, en date du 29 juillet 1809, l'a ainsi décidé. On trouve cet arrêt dans le Recueil de jurisprudence du Code, page 83 du 14^e volume.

Du droit d'accroissement. — Ancienne législation sur cette matière. — Dans quels cas il y a lieu à accroissement.

350. Il y a encore un cas dans lequel la caducité ne profiterait pas à ceux qui seraient grevés du legs, mais bien

aux conjoints du légataire sur lequel il y aurait caducité. Le droit qu'auraient ces conjoints, a été appelé dans le droit romain et dans l'ancienne législation française, *droit d'accroissement*, et cette dénomination est conservée dans la législation actuelle.

Tout ce qui tenait à ce droit d'accroissement, a été présenté, par presque tous les auteurs, comme une des matières les plus épineuses du droit. *Nulla in toto jure nostro creditur esse vel subtilior, vel perplexior*, disait Vinnius sur les Institutes, au titre de *legatis*, § 8.

Les lois romaines avaient admis le droit d'accroissement entre les héritiers testamentaires : on avait voulu rapprocher de ce droit d'accroissement celui qui est relatif au legs, quoique les principes relatifs à l'un ne pussent s'adapter à l'autre. La maxime que l'un des héritiers institués devait nécessairement avoir le tout, au défaut des autres, d'après la règle que personne ne pouvait être *partim testatus et partim intestatus*, aurait déjà seule été un point de différence. Les lois qui concernaient l'accroissement en matière de legs étaient ensuite très-obscurcs. Les anciennes lois avaient appliqué différens principes selon la diversité des legs; cette diversité, qui est rappelée aux Institutes, § *sed olim, de legatis*, était marquée par quatre dénominations, *per vindicationem, per damnationem, per sinendi modum, per præceptionem*. Quoique ces différences entre les legs eussent été abolies comme autant de subtilités, ainsi qu'on le voit au même paragraphe, néanmoins les compilateurs du Corps du droit sous Justinien, y laissèrent quelques dispositions de ces anciennes lois. Telles sont les causes auxquelles on doit attribuer toutes ces difficultés.

Domat, qui a fait une dissertation sur le droit d'accroissement, *Lois civiles*, partie 2^e, liv. 3, tit. 1^{er}, sect. 9, remarque une différence essentielle entre l'accroissement qui avait lieu à l'égard des héritiers *ab intestat*, et celui qui fut introduit entre les héritiers testamentaires et entre les légataires. Il la fait consister en ce qu'on pouvait dire que le premier était du droit naturel, et que le second était seulement du droit positif. L'auteur fondait cette distinction sur

ce que la succession *ab intestat* appartenant à des héritiers en même degré, la mort, la renonciation, ou l'incapacité de l'un d'eux laissaient nécessairement le tout à celui ou à ceux qui restaient; au lieu que quant aux institutions testamentaires et aux legs, rien n'empêchait que ce que l'un ou plusieurs des héritiers ou légataires ne voulaient ou ne pouvaient prendre, n'appartînt aux héritiers *ab intestat*; et Domat incline à penser que ce parti eût été le plus juste, en même temps qu'il aurait évité beaucoup de contestations.

Quelque judicieuse que soit en elle-même l'observation de cet auteur, sur la différence des principes, qui pouvait avoir lieu dans l'origine, relativement à l'accroissement entre les héritiers légitimes, et à celui qui a été établi entre les héritiers testamentaires et les légataires, il faut cependant convenir que l'accroissement en matière de legs pouvait être considéré sous un autre point de vue.

En effet, si, selon la manière dont le testateur se serait expliqué en faisant un legs à plusieurs, on devait présumer en lui l'intention qu'en cas de refus ou d'impossibilité de recevoir de la part d'un des légataires, la totalité appartînt aux autres, il n'y aurait pas de motif pour résister à cette intention.

Or, c'est sur cette présomption qu'est fondé l'accroissement en matière de legs. On en est convaincu en se pénétrant de quelques lois romaines prises isolément. Je me borne à la loi 3, ff. *de usufr. accresc.*, qui, quoiqu'elle concerne l'accroissement en legs d'usufruit, peut servir de règle pour l'accroissement en legs de propriété. Cette loi fonde le droit d'accroissement sur l'espèce de solidarité dans laquelle les légataires sont compris, d'après les termes du testament : *Qui in solidum habuerunt.*

Aussi Ricard, *des Donations*, 3^e partie, n^o 445, disait très-judicieusement : « L'accroissement peut seulement avoir » son effet, lorsqu'une même chose a été léguée à deux ou à » plusieurs indivisément et solidairement, et que le partage » et la division ne s'en doivent faire que par le concours des » co-légataires, c'est-à-dire, par l'appréhension de leur part » en la chose léguée; de sorte que s'ils concourent tous,

» comme par ce concours la solidité est ôtée et le partage
 » fait, le droit d'accroissement n'a point lieu ; mais si l'un
 » des co-légataires ne vient point prendre sa part, la division
 » ne se fait point, et la solidité demeure à ceux qui recuei-
 » lent le legs, qui est ce que nous appelons droit d'accrois-
 » sement. »

On peut dire que voilà tout le mystère de la jurisprudence sur l'accroissement. Aussi tels sont exactement les principes sur lesquels ce droit entre les légataires est établi, d'après l'art. 1044 du Code qui simplifie infiniment cette matière.

« Il y aura lieu à accroissement au profit des légataires ,
 » dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjoint-
 » tement.

» Le legs sera réputé fait conjointement, lorsqu'il le sera
 » par une seule et même disposition, et que le testateur
 » n'aura pas assigné la part de chacun des co-légataires dans
 » la chose léguée. »

Ainsi, si le legs était fait simplement à *Pierre et à Jean*, il y aurait lieu à l'accroissement, comme dans le droit romain. Cette conjonction était appelée dans ce droit, *par la chose et par les mots*, RE ET VERBIS.

Mais si le legs était fait à *Pierre et à Jean par portions égales, ou par égalité*, il n'y aurait point lieu à l'accroissement. Il en était de même dans l'ancienne jurisprudence : on appelait cette conjonction, *par les mots seulement*, VERBIS TANTUM.

Il y avait un troisième cas dans le droit romain, dans lequel l'accroissement avait lieu ; c'était si le testateur, après avoir légué un fonds à un tel, le léguait dans le même testament à un autre ; cette conjonction était appelé simplement, *par la chose*, RE.

Quelque bizarres que fussent de pareils legs, les lois romaines en offrent des exemples fréquens ; mais notre législation n'en suppose point de tels. Un testateur explique ordinairement s'il lègue un objet à un seul ou à deux conjointement ; et de la rédaction dont je viens de parler d'après l'usage des Romains, on pourrait autant conclure

la révocation du premier legs, pour laisser l'objet à celui qui est appelé en second, qu'un legs fait aux deux.

Je viens de dire que si le legs était fait à *Pierre et à Jean par portions égales*, ou *par égalité*, il n'y aurait point lieu à accroissement, et qu'il en était de même dans l'ancienne jurisprudence.

Je crois qu'il n'y a rien de plus vrai que cette proposition, et qu'elle doit toujours être regardée comme certaine, malgré l'arrêt de la Cour de cassation rendu sur cette matière, le 19 octobre 1808, depuis la première édition de cet ouvrage, qui a jugé qu'il y avait lieu à accroissement entre les légataires universels, au préjudice de l'héritier légitime, quoique le testament parût contenir une assignation de part à chacun des légataires. Il est, sans contredit, à propos de connaître cet arrêt. Il est rapporté avec l'espèce, les moyens en détail, et le discours de M. l'avocat-général Daniels, dans le Recueil de Denevers, an 1808, pag. 557; et dans le Recueil de jurisprudence du Code civil, 7^e volume, pages 169 et suiv., et tome 12, pag. 5 et suiv.

Le sieur Laporte fit, le 20 messidor an 12, un testament mystique, dans lequel, après avoir fait quelques legs en faveur des enfans du sieur Dubrana, son héritier présomptif, il ajouta la disposition suivante :

« Et au restant de tous mes biens meubles et immeubles,
 » noms, voies, raisons et actions, présens et à venir, je
 » fais, nomme, crée, et institue pour mes héritiers généraux et universels, demoiselles Marie-Magdeleine Planté,
 » épouse de Joseph-Godefroi Dessoliés, officier de santé;
 » Antoinette Planté, fille majeure; et le sieur Jean Planté,
 » actuellement professeur à Coleyrat, frère et sœurs, MES
 » NEVEUX, pour par eux jouir, faire et disposer de MON
 » ENTIÈRE HÉRÉDITÉ, après mon décès, PAR PORTIONS
 » ÉGALES, à leur volonté, en payant mes dettes, legs et
 » œuvres pies : telle je déclare être mon intention. »

Antoinette Planté, l'une des légataires, mourut avant le testateur.

Après le décès de celui-ci, les deux autres co-légataires

se firent envoyer en possession de tous les biens qui composaient sa succession.

Le sieur Dubrana, prétendant qu'en sa qualité de seul héritier légitime du sieur Laporte, le legs devenu caduc par le prédécès d'Antoinette Planté devait lui revenir, s'opposa à ce que les scellés fussent levés hors sa présence, requit qu'il fût fait inventaire, et demanda le partage de la succession entre les légataires et lui.

Le 20 janvier 1806, le tribunal civil d'Agen rendit un jugement, par lequel il débouta le sieur Dubrana de ses prétentions, et ordonna que, sur la réquisition des légataires universels, les scellés seraient levés par le juge de paix qui les avait apposés, sans qu'il fût besoin d'y appeler le sieur Dubrana, ni de faire inventaire.

Sur l'appel de ce jugement de la part du sieur Dubrana, il fut infirmé par arrêt de la Cour royale d'Agen, du 5 mars 1806.

Cet arrêt, ainsi qu'on le voit dans les motifs qu'on ne croit pas devoir rapporter entièrement, pour abrégér, est fondé principalement sur ce que, « d'après les anciennes » lois et leurs commentateurs, et notamment d'après Fur- » gole, ceux à qui une même chose avait été léguée *par » égales portions*, n'étaient conjoints que *par les paroles*, » et l'accroissement n'avait pas lieu entre eux. Le Code » civil, est-il toujours dit dans les motifs de l'arrêt, a » conservé les dispositions de l'ancien droit, en décidant, » par l'art. 1044, que l'accroissement n'a lieu que lors- » que le legs est fait à plusieurs *conjointement*, et qu'il » est fait *conjointement* lorsque le testateur *n'a pas as- » signé la part de chacun des co-légataires dans la chose » léguée*; qu'ici le testateur a assigné la part des co-lé- » gataires, puisqu'il veut qu'ils partagent *par portions » égales*, qu'il n'y a donc pas lieu à accroissement, etc. »

Sur le pourvoi en cassation contre cet arrêt, et après une profonde discussion de la part de M. Daniels, qui avait cependant adopté l'opinion contraire à celle de la Cour royale d'Agen, l'arrêt de cette Cour fut cassé.

Les motifs de l'arrêt sont, « que les trois frères et sœurs

» Planté sont, par une seule et même disposition, institués héritiers universels de Laporte, pour disposer de son entière hérédité; que cette institution conjonctive n'a point été dénaturée, ni altérée par l'addition des mots, *pour jouir et disposer de ladite hérédité par égales portions*: que cette expression n'annonce d'aucune manière, que le testateur ait fait des parts et ait assigné une quote à chacun des héritiers qu'il instituait; mais, au contraire, qu'en les instituant tous ses héritiers universels, il voulait que sa succession fût partagée également entre ceux qui profiteraient de l'institution; d'où il suit que, dans l'espèce, il y a lieu à l'accroissement, et que l'arrêt qui a décidé le contraire, est contrevenu à l'article 1044 du Code civil. »

La décision portée par cet arrêt, n'aurait pas d'abord été exempte de beaucoup de difficultés, et nous devons avouer que nous avons été plus fortement touchés des motifs développés dans l'arrêt de la Cour royale d'Agen, que de tous ceux qui leur ont été opposés; car en décidant, comme l'a fait l'arrêt de la Cour de cassation, que quoique le testament contienne une assignation particulière de parts à chacun des héritiers (et l'institution *par égales portions* a toujours été considérée comme une assignation de parts), il pouvait néanmoins y avoir lieu à l'accroissement, selon l'interprétation dont les mots employés dans le testament pouvaient être susceptibles, il est à craindre que ce ne soit ramener l'arbitraire qui embarrassait, sur cette matière, dans l'ancienne jurisprudence, et fournir matière aux doutes et aux contestations.

Au surplus, il est bon de connaître et l'espèce et l'arrêt. Il confirme toujours dans les principes que j'ai exposés, et il ne fait que juger la valeur des termes particuliers d'une clause.

On doit même faire attention que des termes dans lesquels était conçue la clause dont il s'agissait lors de l'arrêt, il pouvait résulter que le disposant n'avait eu l'idée d'une division de l'hérédité, qu'en portant son attention sur ce qui arriverait après son décès, et que son esprit n'était nul-

lement affecté de cette idée de division en aucun autre sens ; car on ne doit pas aisément considérer comme légers des motifs qui ont déterminé une Cour qui renferme autant de lumières.

Mais toujours il est à croire que la Cour de cassation se serait décidée contre l'accroissement, si, dans la clause qui lui était soumise, il avait été dit simplement, ainsi que je l'ai déjà supposé, *j'institue Pierre et Jean par portions égales*, ou *par égalité*. S'il en était autrement, il serait impossible de déterminer dans quels cas il y aurait lieu, ou non, à l'accroissement, lorsqu'il s'agirait d'une assignation de parts *par portions égales*, ou *par égalité*, à moins qu'on ne soutint que ces termes n'emportent pas une assignation de parts. Mais cette assertion serait contraire à tous les principes reçus jusqu'à présent, et qui paraissent avoir été confirmés, plutôt que changés, par le Code civil.

Du cas où une chose non susceptible de division a été léguée à plusieurs personnes.

351. Notre législation admet encore l'accroissement dans un autre cas. « Le legs sera encore réputé fait conjointement, quand une chose, qui n'est pas susceptible d'être » divisée sans détérioration, aura été donnée par le même » acte à plusieurs personnes, même séparément. » Article 1045. Dans ce cas l'accroissement prend son principe dans l'indivisibilité, qui fait présumer dans l'intention du testateur une espèce de solidarité entre les légataires. Mais on sent que l'impossibilité de diviser sans détérioration, doit être bien établie.

Observation quant à la forme de la disposition de l'accroissement en legs d'usufruit.

352. Tout ce que je viens de dire sur l'accroissement, s'applique au cas où la disposition serait conçue sous la forme d'institution d'héritiers, comme sous celle de legs. J'ai déjà eu occasion plusieurs fois de dire que toutes nos dispositions testamentaires ne sont que des legs. Notre lé-

gislation ne reconnaît point l'institution testamentaire dans le sens dans lequel les Romains l'entendaient.

J'ai dit encore au commencement du chapitre II^e de cette seconde partie, en distinguant les différentes espèces de legs, qu'une institution faite simplement de plusieurs héritiers, ou qu'un legs qui serait fait à plusieurs personnes, et qui porterait sur tous les biens du testateur, ou sur tous ses biens disponibles, sans affectation d'aucune portion, ne laisseraient pas de devoir être considérés comme legs universels; mais que si la disposition était faite avec indication de portions pour chacun des appelés, égales ou non, alors la disposition serait, pour chacun, à titre universel.

La part d'un des usufruitiers, après son décès, passe-t-elle de suite à l'héritier?

353. Les principes sont les mêmes relativement à l'accroissement de legs d'usufruit fait à plusieurs, que pour le legs de propriété.

Il y avait cependant à ce sujet une particularité dans le droit romain. Il résultait de plusieurs lois, et notamment de la loi 1^{re}, § 3, ff. de usufr. accresc., que même après le partage entre co-légataires d'un objet à titre d'usufruit, lorsque le décès d'un des usufruitiers arrivait, sa part ne revenait pas de suite à l'héritier, mais les co-légataires restants avaient droit d'en jouir pendant leur vie, et c'était seulement au décès du dernier mourant que l'usufruit se consolidait à la propriété, en faveur de l'héritier, ou de celui qui avait été grevé du legs d'usufruit. Le motif de cette législation était que le droit d'usufruit est un droit successif qui ne s'acquiert qu'à mesure qu'on jouit de la chose, *quotidiè constituitur et legatur*. Lors donc que l'un des co-légataires cesse par sa mort de jouir de sa part dans cet usufruit, on peut dire que cette part a défailli en sa personne, et qu'il y a lieu par conséquent au droit d'usufruit de cette part au profit des co-légataires, qui, étant chacun légataire de l'usufruit pour le total, ont droit de le

retenir lorsque les autres parts viennent à défaillir. C'est ainsi que s'en explique Pothier, *des Donations testam.*, chap. 6, sect. 5, § 4. Ricard avait enseigné la même doctrine, 3^e part., n^{os} 444 et 525.

Ces deux auteurs devaient soutenir cette opinion, parce qu'elle était fondée sur les dispositions précises des lois romaines. Elles étaient lois dans les pays de droit écrit, et elles avaient la plus grande influence dans les pays coutumiers, les Coutumes ne s'étant pas expliquées sur cette matière.

Mais actuellement que les lois romaines ne peuvent être consultées que comme raison écrite, dans tout ce qui n'est pas contraire à notre législation, on peut raisonnablement révoquer en doute que cette opinion doive être suivie.

Elle paraît contraire au principe fondamental en matière d'accroissement. Ce principe est qu'il ne peut y avoir lieu à l'accroissement, que tant que subsiste la solidarité sous laquelle les co-légataires ont été appelés, selon le mode de conjonction qui les unit, et que nous venons d'expliquer. Or, cette solidarité existe seulement avant le partage entre co-légataires ; c'est seulement lorsqu'une des parts est défaillante avant ce partage, qu'il y a lieu au droit d'accroissement ; et ce droit cesse dès l'instant du partage.

Cela étant, le droit d'usufruit, qui est l'objet légué, étant partagé entre les co-légataires, on peut dire que dès lors il ne peut plus y avoir lieu au droit d'accroissement entr'eux, et qu'après le décès de chacun d'eux, l'usufruit de sa portion se consolide à la propriété, en faveur du propriétaire. La différence que faisaient les lois romaines à cet égard, entre le legs d'usufruit et le legs de propriété, paraît plus subtile que solide. Il est difficile de soutenir que le legs d'usufruit se renouvelle chaque année. Il est dans les principes et dans la nature des choses, qu'un legs d'usufruit est un droit individuel qui affecte la propriété pour la vie de l'usufruitier. Et ce droit, qui est un droit immobilier corporel, qui est en lui-même une propriété, puisqu'on pourrait le faire saisir immobilièrement, est évidemment divisible. Il cesse à la mort de celui

sur la tête duquel il a été déterminé par le partage qui a été l'exécution du legs.

Notre législation ne s'étant pas expliquée sur ce cas particulier, on peut dire qu'elle est demeurée, par rapport à l'accroissement en legs d'usufruit, dans les mêmes termes que respectivement à l'accroissement en legs de propriété ; et j'ai cru pouvoir en soumettre l'observation.

Du legs de la propriété à l'un, et de l'usufruit à l'autre.

554. Quelques jurisconsultes avaient encore prétendu, en se méprenant sur le sens de certaines lois romaines, que dans le cas du legs de la propriété à l'un, et de l'usufruit à l'autre, lorsque le légataire de l'usufruit ne prenait pas son legs, cet usufruit ne se réunissait pas dès cet instant à la propriété, et que l'héritier devait jouir de l'objet pendant la vie de celui auquel l'usufruit en était légué.

Mais Ricard, n^o 525 et suiv., réfute solidement cette opinion. Il établit qu'il ne peut plus alors être question de droit d'accroissement, et que c'est le cas de la consolidation de l'usufruit à la propriété, en faveur de celui auquel la propriété a été léguée. Cette décision est cependant susceptible de quelques exceptions relatives à certains cas, sur lesquelles on peut consulter cet auteur.

§ IV.

LA RÉVOCATION DU TESTAMENT PEUT ÊTRE DEMANDÉE
DANS CERTAINS CAS.

Quels sont ces cas.

355. Il est dit dans l'article 1046 : « Les mêmes causes » qui, suivant l'article 954 et les deux premières dispositions de l'art. 955, autoriseront la demande en révocation de la donation entre vifs, seront admises pour la demande en révocation des dispositions testamentaires. »

Ainsi, en combinant cet article avec les articles 954 et 955, la demande en révocation des dispositions testamentaires pourra avoir lieu,

1°. Pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles la disposition aura été faite ;

2°. Si celui à qui la disposition aurait été faite, avait attenté à la vie du testateur ;

3°. S'il s'était rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves.

Mais si la demande est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur, elle doit être intentée dans l'année, à compter du jour du délit.

Voyez, sur cette matière, ce que j'ai dit dans la première partie, chap. 9, § 2 et 3.

REMARQUES SUR LE CHAPITRE PRÉCÉDENT.

La matière qui est traitée dans ce chapitre correspond à une loi du 28 février 1825, faisant partie du 12^e titre du 2^e livre du Code des Pays-Bas ; en voici le texte :

SECTION HUITIÈME.

De la révocation des testaments et de leur caducité.

CXXI. Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaire, portant déclaration du changement de volonté.

CXXII. Lorsqu'un testament postérieur, contenant la révocation expresse des précédents, n'est pas revêtu des formalités prescrites pour la validité des testaments, mais bien des formalités requises pour la validité des actes notariés, la révocation n'aura pas d'effet à l'égard des dispositions antérieures, répétées dans l'acte postérieur.

CXXIII. Les testaments postérieurs qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précédents, n'annuleront dans ceux-ci que celles des dispositions y contenues, qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles, ou qui y seront contraires.

Le présent article n'est pas applicable, lorsque les testaments postérieurs sont nuls pour défaut de formes, quoique valables comme actes notariés.

CXXIV. La révocation expresse ou tacite, faite dans un testament postérieur, aura tout son effet, quoique ce nouvel acte reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de recueillir.

CXXV. Toute aliénation, celle même par vente avec faculté de rachat, ou par échange, que fera le testateur de tout ou partie de la chose léguée, emportera la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l'aliénation soit nulle et que l'objet soit rentré dans la main du testateur.

CXXVI. Toute disposition testamentaire, faite sous une condition dé-

pendante d'un événement incertain, et telle que, dans l'intention du testateur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas, sera caducue, si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition.

CXXXVII. La condition qui, dans l'intention du testateur, ne fait que suspendre l'exécution de la disposition, n'empêchera pas l'héritier institué ou le légataire d'avoir un droit acquis, et transmissible à ses héritiers.

CXXXVIII. Le legs sera caduc, si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur.

Il en est de même, si elle a péri depuis sa mort, sans le fait ou la faute de l'héritier, ou autres débiteurs du legs, quoique ceux-ci eussent été mis en retard de la délivrer, lorsqu'elle eût également dû périr entre les mains du légataire.

CXXXIX. Le legs d'une rente, obligation ou autre créance due par un tiers, sera caduc pour tout ce qui aura été remboursé ou payé pendant la vie du testateur.

CXXX. Toute disposition faite par testament sera caducue, lorsque l'héritier institué ou le légataire la répudiera, ou se trouvera incapable de la recueillir.

CXXXI. Il y aura lieu à l'accroissement au profit des héritiers institués ou des légataires, dans le cas où l'institution ou le legs sera fait à plusieurs conjointement, et qu'à l'égard d'un ou plusieurs des co-institués ou co-légataires, la disposition ne peut avoir son effet.

L'institution ou le legs sera réputé fait conjointement, lorsqu'il le sera par une seule et même disposition, et que le testateur n'aura pas assigné une part déterminée, telle qu'une moitié, un tiers, à chacun des co-institués ou co-légataires.

L'expression *par parts ou portions égales*, n'est pas une assignation de parts déterminées, dans le sens du présent article.

CXXXII. La disposition sera encore réputée faite conjointement, quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration, aura été donnée par le même testament à plusieurs personnes séparément.

CXXXIII. La révocation des dispositions testamentaires pourra être demandée après la mort du testateur, pour cause d'inexécution des conditions.

Dans ce cas, ceux au profit de qui la révocation aura été prononcée, reprendront les biens, libres de toutes charges et hypothèques du chef de l'institué ou légataire déchu.

Ils auront même contre les tiers détenteurs des immeubles, tous les droits qu'ils auraient contre l'institué ou le légataire.

CONFÉRENCE.

TIT. 12^e, 2^e LIV. DU CODE DES PAYS-BAS. CODE FRANÇAIS.

ART. 121.	1035.
122, 123.	1036.
124.	1037.
125.	1038.
126.	1040.
127.	1041.

128, 129.	1042.
130.	1029, 1043.
131.	1044.
132.	1045.
133.	

JURISPRUDENCE.

I. Le refus du tuteur d'accepter la tutelle, rend caduque la disposition testamentaire, qui dès lors est et demeure sans effet. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 11 mars 1819.*)

II. Un testament conjonctif, fait par deux époux, sous l'empire de la coutume de Liège, et avant les lois abolitives de la dévolution, n'est pas devenu, depuis la promulgation de ces lois, révocable par l'un des époux sans le consentement de l'autre, quand même ce dernier eût été décédé lorsque le droit de dévolution a été aboli. (*Arrêt de la même Cour, du 24 juillet 1819.*) Cet arrêt qui n'a été rendu qu'après une discussion très-s approfondie et très-savante, surtout de la part du ministère public, est fondé sur ce que les testateurs avaient leur domicile matrimonial au pays de Liège, et l'avaient conservé à la date de leur testament et à celle du décès de l'un d'eux, d'où la conséquence que l'effet de ce testament devait être régi par les lois de ce pays, et sur ce que rien ne prouve que la disposition de l'art. 4 du chap. 10 de la coutume de Liège ait son fondement dans le droit de main-morte, pas plus que dans celui de dévolution.

III. La clause révocatoire insérée dans un testament postérieur, mais nul pour défaut de forme n'a pas l'effet, comme l'aurait un acte notarié, de révoquer un premier testament. (*Arrêt de la même Cour, du 2 mars 1822.*) Cet arrêt, qui a fait l'application des art. 1085 et 1037 du Code civil, est déjà rapporté au chapitre des testaments, où se trouvent ses motifs. Nous observons à cet égard qu'il y a des arrêts, dont les dispositions mixtes ne peuvent pas être scindées, et qui donnent lieu à des répétitions. C'est ainsi que, dans le chapitre des testaments et dans celui des legs, il y a beaucoup de dispositions relatives à leur révocation et à leur caducité, et que nous ne rappelons pas ici. Nous invitons le lecteur à y recourir.

IV. Un testament conjonctif de deux époux, fait sous l'ancienne jurisprudence brabançonne, et par lequel l'époux prémourant institue le survivant son héritier universel, voulant le testateur que *tous les biens que le survivant délaissera* succèdent à leur enfant, est révocable par l'époux superstit. (*Arrêt de la même Cour, du 22 avril 1822.*) En rapprochant cet arrêt de celui que nous avons rapporté sous le n° 2, on voit que la question de l'irrévocabilité dépendait uniquement des dispositions statutaires, que les auteurs les plus recommandables ont commentées avec un grand talent, notamment *Voët, Stockmans, Huber*, etc., dont les décisions font autorité dans ces sortes de matières. L'arrêt dont nous nous occupons avait à s'occuper d'un testament qui avait reçu l'être dans la ville de Turnhout, province de Brabant, comme celui précité l'avait reçu dans la province de Liège. De là la diversité de jurisprudence. Quant à celui fait dans la province du Brabant, la Cour a considéré qu'il était d'une jurisprudence certaine et irréfutable dans cette province, attestée par *Stock-*

mans, que pour que les testamens conjonctifs de deux époux eussent le caractère de l'irrévocabilité, contrairement au droit commun, selon lequel la volonté de l'homme est ambulatoire jusqu'à la mort (L. 22, D. de *legatis* 3^o), il était essentiellement requis qu'ils eussent énoncé en termes clairs dans leur testament, qu'ils confondaient leurs biens respectifs dans une seule et même masse, et qu'ils se fussent mutuellement et réciproquement autorisés à disposer de cette masse, et que chacun d'eux, usant de ce pouvoir, en eût disposé dans des termes formels; et à défaut de la réunion de toutes ces conditions, c'était deux testamens distincts *in eodem chartâ*; et 2^o que, selon ces principes appliqués à l'espèce particulière qui était soumise à la Cour, le testament contentieux ne réunissait pas les caractères essentiels à l'irrévocabilité.

V. Lorsqu'un testateur, après avoir disposé de l'usufruit au profit de sa femme, *laisse en toute propriété, après la mort de celle-ci*, à tous ses neveux et nièces, son bien à partager entre eux également, celui de ces neveux qui est décédé après le testateur, mais avant l'usufruitière, a été saisi de la nue-propriété et l'a transmise à ses héritiers; *en d'autres termes*: la phrase *après la mort de ma femme en toute propriété*, n'affecte que l'exécution sans former une condition suspensive dans la condition des neveux. (*Arrêt de la même Cour, du 27 juillet 1822.*) Cet arrêt est fondé en droit sur ce que, si dans les actes de dernière volonté le jour incertain *s'il arrive* pendant la vie de l'héritier ou légataire institué peut former une condition suspensive, toutefois l'application de ce principe est subordonnée à un autre principe, portant que l'intention du testateur doit primer le sens littéral des termes dont il s'est servi. *Primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque conditiones regit. In conditionibus testamentorum, voluntatem potius quam verba considerare oportet.* (Lois 19 et 101, ff. de cond. et demons.) Principes qui se trouvent maintenus aux art. 1040 et 1041 du Code civil. Il n'a pas été difficile de faire l'application de ces principes à l'espèce sur laquelle la Cour avait à prononcer, et ils n'ont été que faiblement contestés.

VI. L'effet de la condition suspensive insérée dans un testament est de rendre conditionnelles les dispositions de dernière volonté, tellement qu'il n'est acquis aucun droit au légataire avant que le jour soit arrivé pendant sa vie. (*Arrêt de la même Cour.*) Nous en parlerons avec plus d'étendue, et en donnerons les motifs au chapitre des avantages entre époux.

VII. Voyez au chapitre des legs un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 21 novembre 1822, relatif à une suspension d'exécution testamentaire.

VIII. Voyez au chapitre des testamens un arrêt de la même Cour, du 16 mai 1823, relatif à la suspension d'exécution d'un testament authentique.

IX. Un testament conjonctif, par lequel des père et mère ont confusément disposé de la masse de leurs biens en faveur de leurs enfans communs, est devenu irrévocable par la mort de l'un d'eux, arrivée dans la même année où le testament avait été fait. — L'irrévocabilité de ce testament résulte de ce que l'épouse prédécédée est censée, du consentement de l'époux (*ex pacto testamento immixto*) avoir disposé de la masse de tous leurs biens, ne formant qu'un seul patrimoine, dont le survivant a conservé

l'usufruit joint à la propriété. — Cette irrévocabilité résultant d'une paction entre époux était quasi-contractuelle, et n'a pu être atteinte par la loi abolitive de la dévolution coutumière, ni par celle sur les successions; par conséquent les dispositions contenues dans le testament ont dû avoir leur plein et entier effet à l'époque du décès de l'époux arrivé le 3 août 1803, qui lui-même a persisté dans ces dispositions. (*Arrêt de la Cour de Liège, du 29 mars 1825.*) Nous aurons encore à parler de cet arrêt au chapitre des partages.

TROISIÈME PARTIE.

DES DISPOSITIONS MIXTES,

QUI TIENNENT DE LA NATURE OU DE LA DONATION, OU DU TESTAMENT, OU DE L'UNE ET DE L'AUTRE ENSEMBLE, ET QUI SONT SOUMISES A DES RÈGLES PARTICULIÈRES.

Quelles sont les dispositions mixtes.

356. Ces dispositions sont, 1° celles qui sont permises dans quelques cas et sous des modifications, avec charge de rendre ;

2°. Les partages faits par les ascendans entre leurs descendans ;

3°. Les donations faites par contrat de mariage aux époux et aux enfans à naître du mariage ;

4°. Les dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.

CHAPITRE PREMIER.

DES DISPOSITIONS QUI SONT PERMISES AVEC CHARGE DE RENDRE.

Nature de ces dispositions. — Division de ce chapitre.

357. Ces dispositions font la matière du chapitre 6 du titre du Code, *des donations et des testamens.*

Elles ont été, au Conseil d'état, le sujet d'une discussion aussi étendue qu'importante. On sentait les inconvéniens de la disposition officieuse, qui consistait à faire passer aux petits-enfans la propriété de la portion du fils, auquel on réservait seulement l'usufruit, disposition qui devait être motivée. On était frappé des inconvéniens encore plus graves de l'exhérédation complète. On ne voulait pas non plus

faire revivre les anciennes substitutions , dont les abus étaient reconnus depuis long-temps.

Dans ce conflit des opinions , on est venu à un mode particulier de disposer à la charge de rendre. La vérité oblige de lui donner le nom de *substitution*. Mais il faut aussi avouer qu'en se prêtant à des sentimens qu'il est difficile de détruire dans le cœur humain , il peut provoquer des actes de bienfaisance , parce qu'il procure , selon le désir du bienfaiteur , le moyen d'assurer la durée du bienfait , sans donner lieu aux inconvéniens des anciennes substitutions , ainsi que je l'ai observé en terminant la section IV^e du Discours historique , page 80.

Cependant , par cela seul que la loi a admis une disposition avec charge de restitution , il a fallu établir des moyens de veiller à la sûreté de cette restitution. On a dû prévoir l'intérêt des tiers. Il est dans la nature de toutes dispositions législatives faites dans de semblables vues , d'emporter nécessairement quelque complication ; et pour les saisir , il faut encore une grande attention.

Je diviserai ce que j'aurai à dire sur cette matière en trois sections.

Dans la première , j'expliquerai les règles générales concernant la disposition avec charge de rendre.

Dans la seconde , je traiterai des formes relatives à la publicité de cette disposition , des personnes qui peuvent opposer le défaut de cette publicité , et des effets qu'elle doit avoir.

La troisième aura trait aux formes particulières , établies pour la conservation des objets substitués , et surtout lorsqu'ils consistent en mobilier.

SECTION PREMIÈRE.

RÈGLES GÉNÉRALES CONCERNANT LA DISPOSITION AVEC CHARGE DE RENDRE.

A qui cette disposition est permise , et en faveur de qui.

558. Il est permis aux père et mère de donner en tout ou en partie , par actes entre vifs ou testamentaires , les

biens dont ils ont la faculté de disposer, à un ou plusieurs de leurs enfans, avec la charge de rendre ces biens aux enfans nés et à naître, au premier degré seulement, desdits donataires, et sans exception ni préférence, relativement aux enfans, d'âge ou de sexe.

La loi valide encore, mais seulement en cas de mort sans enfans, la disposition que le défunt aurait faite par acte entre vifs ou testamentaire, au profit d'un ou plusieurs de ses frères ou sœurs, de tout ou partie des biens qui ne sont point réservés par la loi dans sa succession, avec la charge de rendre ces biens aux enfans nés et à naître, au premier degré seulement, de ses frères ou sœurs donataires, et toujours sans exception par rapport aux enfans, ni préférence d'âge ou de sexe. Articles 1048, 1049 et 1050.

La charge de rendre doit être au profit de tous les enfans, sans exception ni préférence.

559. La loi ne permet ces dispositions que sous la condition qu'il y aura une égalité parfaite entre tous les enfans nés ou à naître de celui ou de ceux auxquels elles seront faites. Si donc la charge de rendre portait seulement sur quelques-uns de ces enfans, exclusivement à d'autres, on pourrait demander la nullité de la disposition.

On ne serait pas recevable à prétendre que la disposition devrait toujours subsister, mais en l'appliquant à tous les enfans quelconques du donataire ou du légataire.

On ne serait pas non plus fondé à dire qu'alors la charge de rendre devrait être seule nulle, et que la disposition directe devrait subsister.

La raison s'en tire des termes de l'art. 1050. Il y est dit que les dispositions permises par les deux précédens, *ne seront valables qu'autant que la charge de restitution sera au profit de tous les enfans nés et à naître du grevé*, etc. Ces termes sont ce qu'on appelle en droit *prohibitifs*. La disposition est défendue sans la condition prescrite. Le disposant a à s'imputer de n'avoir pas disposé de la manière dont la loi le lui permettait. Les termes des articles 1048,

1049 et 1050, font porter l'invalidité qui résulte de l'inobservation de la condition, sur toutes les parties de la disposition.

Voici une espèce qui s'est présentée sur l'application des articles 1048 et 1050 du Code, relativement à la désignation des enfans du légataire grevé.

Un testament olographe, en date du 10 vendémiaire an 13, contenait la disposition suivante : « Je soussigné, Jacques-Thomas Hardy, déclare, par le présent testament, » donner et léguer, comme de fait je donne et lègue, par » préciput et hors part, à Jacques Hardy, mon fils, à » *charge par lui de rendre à mes petits-enfans ISSUS DE* » *LUI* ; et dans le cas où il me prédécéderait, je donne et » lègue à *mesdits petits-fils* existans lors de mon décès.... » (le quart disponible). »

Après la mort du testateur, l'avantage fait à Jacques Hardy lui a été contesté par ses frères, qui ont prétendu que la *clause de restitution* était nulle, 1° parce qu'elle ne comprenait pas formellement les *enfans à naître* ; 2° parce qu'elle ne comprenait pas formellement les *filles*.

Le tribunal civil de Bayeux a annulé la clause de restitution ; mais sur l'appel, la Cour royale de Caen l'a déclarée valable, attendu que le mot *issu* peut s'appliquer aux enfans à *naître*, comme à ceux déjà nés, et que le mot *petits-fils* peut s'appliquer aux *filles*. Le pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour royale de Caen a été rejeté par arrêt du 30 mars 1807, rapporté dans le Recueil de Denevers, vol. de 1807, page 193.

Les motifs qui ont déterminé la Cour de cassation, sont, que l'arrêt attaqué reposait uniquement sur l'interprétation des mots *issus* et *petits-enfans*, employés dans le testament de Jacques-Thomas Hardy, et que cette interprétation, dans l'espèce, loin d'entraîner aucune contravention à la loi, était d'autant plus raisonnable qu'elle avait été faite dans le sens tendant à établir la validité de l'acte et sa concordance avec la loi, plutôt que dans un sens qui aurait introduit une contrariété entre ses dispositions et anéanti leurs effets.

Cet exemple suffit sans doute pour faire voir combien on doit apporter de soin dans la rédaction des dispositions avec charge de rendre, afin d'éviter le reproche de distinction ou de préférence entre les enfans du grevé.

De la révocation de la disposition en faveur de frères ou sœurs, à la charge de rendre.

560. Il résulte de l'art. 1049, où il est dit que la disposition que le défunt aura faite à un ou à plusieurs de ses frères ou sœurs, à la charge de rendre, sera valable, *en cas de mort sans enfans*, que la disposition ne serait pas seulement révoquée par survenance d'enfans, si elle était faite par donation, parce qu'alors la révocation aurait lieu en conséquence de l'art. 960, mais qu'encore la disposition serait révoquée quand elle serait faite par testament, et en supposant que le testament n'eût pas été révoqué ou supprimé. Il existe une présomption légale que le testateur n'a fait une disposition de la nature de celle dont il s'agit, que pour être exécutée dans le cas où il n'aurait pas d'enfans à son décès; présomption qui n'a pas toujours lieu, quant au testament, puisque le testament en général n'est point révoqué de droit par la survenance d'enfans, ainsi que je l'ai observé dans la seconde partie, chap. VI, § 1^{er}.

Il est cependant vrai qu'en ce qui concerne la disposition qui serait faite par donation entre vifs, on pourrait de ces mêmes termes, *en cas de mort sans enfans*, conclure que la révocation de la disposition ne devrait avoir lieu qu'au cas où, lors de sa mort, le disposant laisserait des enfans. En sorte que la naissance postérieure d'enfans suspendrait seulement l'effet de la donation, et que cette donation devrait reprendre son effet si les enfans décédaient avant le disposant.

Mais on aurait peine à croire que par ces expressions, *en cas de mort sans enfans*, le législateur ait voulu établir une exception au grand principe de la révocation de droit, de la donation entre vifs, par survenance d'enfans, consigné d'une manière aussi énergique dans l'art. 960.

Au surplus, en indiquant la difficulté, c'est annoncer la

sagesse des précautions qu'on pourra aisément prendre par une stipulation dans l'acte, afin de l'éviter.

Du cas où le grevé meurt laissant des enfans et des petits-enfans.

361. Il était dans l'ordre que, dans le cas où la loi a admis le mode des dispositions dont il s'agit, si le grevé de restitution mourait laissant des enfans au premier degré, et des descendans d'un enfant prédécédé, ces derniers recueillissent, par représentation, la portion de l'enfant prédécédé. Tel est aussi le vœu de l'art. 1051. Dans ce cas, le droit des petits-enfans prend son principe dans leur concours avec les autres enfans du grevé; car on sent bien que si tous les enfans du grevé venaient à décéder avant lui, alors la charge de rendre serait caduque, et le grevé demeurerait propriétaire libre des biens donnés. La raison en est que la loi ne valide la substitution qu'en faveur des enfans nés ou à naître du donataire ou du légataire; et l'exception établie par l'article 1051, en faveur des descendans de l'enfant prédécédé, est restreinte au cas du concours de ces descendans avec les autres enfans du grevé. Hors ce cas, il ne peut être question pour les petits-enfans, quant aux biens substitués, que du droit de succession.

Du concours de deux libéralités successives, au profit du même enfant, frère ou sœur, l'une, sans charge de restitution, et l'autre, sous la condition que les biens précédemment donnés seraient grevés de cette charge. — Du cas où ces biens auraient été aliénés ou hypothéqués avant la seconde disposition.

362. La loi a aussi voulu, art. 1052, que si l'enfant, le frère ou la sœur auxquels des biens auraient été donnés par acte entre vifs, sans charge de restitution, acceptaient une nouvelle libéralité faite par acte entre vifs ou testamentaire, sous la condition que les biens précédemment donnés demeureraient grevés de cette charge, il ne leur fût plus permis de diviser les deux dispositions faites à leur profit,

et de renoncer à la seconde pour s'en tenir à la première, quand même ils offriraient de rendre les biens compris dans la seconde disposition.

En général, le donataire, du vivant du donateur, ne peut pas plus valablement consentir à son préjudice à la modification qu'à l'extinction de la disposition.

Mais dans le cas dont il s'agit, l'addition de la nouvelle disposition à la première, fait disparaître tout préjudice à l'égard du donataire. L'avantage qu'il a d'assurer à ses enfans une grande fortune, devient le prix du consentement qu'il donne à la modification de la disposition précédente, et ce prix valide ce consentement. Aussi, lorsque les anciennes substitutions avaient lieu, on voyait assez fréquemment des dispositions semblables à celles qui sont admises par cet art. 1052, et elles étaient autorisées par l'art. 16 du titre 1^{er} de l'ordonnance de 1747.

Ce que je viens de dire a lieu, quelle que soit l'étendue de la disposition, qu'elle soit universelle, ou à titre universel, ou à titre particulier, parce que l'art. 1052, pas plus que l'art. 16 de l'ordonnance de 1747, ne fait, à cet égard, aucune distinction.

Mais il est bien entendu que la faculté accordée par l'article 1052 deviendrait sans objet, si le donataire auquel on voudrait imposer la condition dont il y est parlé, dans la nouvelle libéralité qui lui serait faite, avait vendu les biens donnés, ou qu'au moins cette faculté serait sans effet pour la partie des biens que ce donataire aurait aliénée. Il en serait de même, s'il les avait hypothéqués. La condition apposée dans la seconde libéralité ne pourrait avoir un effet rétroactif. C'est aussi ce qui avait été prévu par l'art. 17 du titre 1^{er} de l'ordonnance de 1747, où il était dit : « Dans » le cas porté par l'article précédent, où le donataire aurait » accepté la nouvelle libéralité faite sous la condition de » substitution, même pour les biens précédemment donnés, » ladite substitution n'aura effet que du jour qu'il l'aura » acceptée ou qu'il en aura fait ordonner l'exécution à son » profit. » On sent encore que, dans le cas dont il s'agit, celui qui accepterait la seconde libéralité, ne serait irrévo-

cablement lié qu'autant qu'il aurait la capacité légale de s'obliger.

Pour produire effet, la seconde disposition doit avoir été acceptée. — Comment l'acceptation a lieu.

363. Pour déterminer l'effet de l'art. 1052 du Code, il faut que la seconde disposition dont il y est parlé, ait été acceptée par celui auquel la donation avait d'abord été faite sans charge de rendre. Car on sent qu'il dépend de lui de répudier la seconde disposition avec la condition qui lui serait imposée, et de s'en tenir à la première.

Il y aurait acceptation dès l'instant de la seconde disposition, si elle était faite par une donation entre vifs, ou par contrat de mariage; et si elle était contenue dans un testament, l'acceptation ne pourrait résulter que d'un consentement précis consigné dans un acte, ou des demandes judiciaires faites pour en obtenir l'exécution. Elle pourrait s'induire encore de la mise en possession de la part du grevé des biens donnés en second lieu sous la condition de les rendre, ainsi que ceux donnés précédemment, et qui étaient libres. Dans les deux premiers cas dont je viens de parler, il y aurait une acceptation expresse, et dans le second, il y aurait une acceptation tacite. Or, la seconde de ces acceptations a toujours eu, en pareil cas, le même effet que la première. Cela résultait des art. 56 et 37 de l'ordonnance de 1747, et il y a même raison de se décider ainsi pour l'application de l'art. 1052 du Code qui suppose la nécessité d'une acceptation.

Du cas où la seconde disposition serait faite directement à un enfant déjà saisi d'une portion des biens du père ou de la mère. — Des droits des créanciers du grevé.

364. De la disposition de l'art. 1052, et de ce qu'il ne fait aucune distinction, il résulte que si la seconde disposition était faite directement à un enfant, avec la charge de rendre, et qu'une portion des biens du père ou de la mère, qui formerait sa réserve, lui eût déjà été donnée, cette portion, ainsi que les biens donnés en second lieu,

seraient également grevés de la charge de rendre, la seconde disposition ayant été acceptée.

Mais il est aussi bien entendu que l'engagement de rendre, ainsi contracté pour la totalité des biens, ne pourrait concerner que les appelés. A l'égard des créanciers du grevé, ils conserveraient leurs droits pour la sûreté de leurs créances, sur la portion des biens que la loi assigne aux enfans, à titre de réserve. Cette réserve doit être considérée du même oeil que l'était anciennement la légitime, et la légitime ne pouvait point être grevée de substitution au préjudice des créanciers de celui qui était chargé de rendre.

Mais pour que la réclamation d'un créancier fût fondée, il faudrait qu'il eût été créancier lors de l'acceptation de la seconde disposition, ou au moins lors de la transcription qui doit en être faite. L'acceptation de la seconde disposition a l'effet de faire reverser sur la tête des appelés, s'ils survivent au grevé, la propriété des biens donnés précédemment, comme de ceux dont il est disposé ultérieurement. Dès l'instant de cette acceptation, le droit est acquis aux appelés; et dès lors le grevé ne peut plus accorder à des tiers plus de droits sur les biens dont il est en possession, qu'il n'en a lui-même.

Autres points importans. — Le grevé est propriétaire des biens donnés, sous une condition dont l'événement résout son droit.

365. Il est important de se former des idées sur la nature de la disposition avec charge de rendre, respectivement aux droits qu'elle peut attribuer au grevé; sur les causes qui donnent ouverture à la restitution, et sur les conditions auxquelles les appelés peuvent être soumis pour obtenir la mise en possession des biens sujets à restitution. Tels sont les points que je vais examiner successivement.

Quant à la disposition, son effet, en ce qui concerne la propriété, est suspendu jusqu'à ce que les droits des appelés soient ouverts. Cependant, il est dans les principes de considérer le grevé comme propriétaire des biens qui font l'objet de la disposition, mais sous une condition

dont l'événement résout son droit de propriété. Si les appelés n'existent pas à l'époque où la restitution doit avoir lieu, la propriété se fixe incommutablement sur la tête du grevé; si les appelés survivent à l'époque de l'échéance de la restitution, la propriété des objets substitués leur appartient; le droit du grevé, quant à la propriété, est résolu, et il ne devra être considéré que comme ayant été usufruitier jusqu'au moment où la restitution aura dû avoir lieu.

Conséquences de ce principe. — De l'abandon anticipé de la jouissance.

366. Il se tire de ce principe une foule de conséquences, dont on aura occasion de remarquer l'application dans le cours de ce chapitre.

Et d'abord, une de ces conséquences, qui se trouve consignée dans l'art. 1053 du Code, est que l'abandon anticipé de la jouissance, au profit des appelés, ne pourra préjudicier aux créanciers du grevé, antérieurement à l'abandon.

Ainsi il faut considérer le grevé comme provisoirement propriétaire. Le droit des appelés peut s'évanouir, et dans ce cas la propriété reste au grevé, et les droits de ses créanciers portent sur cette propriété. Si, au contraire, les appelés recueillent la propriété, les droits des créanciers portent seulement sur les fruits qui courent jusqu'à la restitution, et qui appartiennent au grevé. Mais il est bien entendu que la subrogation des créanciers, pour jouir à la place du grevé, ne peut avoir lieu qu'en satisfaisant aux charges d'usufruit, de la même manière dont le grevé serait tenu de le faire.

De l'aliénation des biens sujets à restitution, et du droit des créanciers et tiers acquéreurs.

367. Par une suite du même principe, les tiers qui auraient acquis du grevé les immeubles sujets à restitution, ne peuvent être dépossédés par les appelés avant l'échéance de la restitution établie par le titre contenant la disposition.

L'article 1053 ne parle que des créanciers antérieurs à l'abandon, mais la raison en exige l'application aux tiers acquéreurs avant cet abandon. En sorte que si cette restitution ne devait point avoir lieu, par la raison que les appelés mourraient avant le grevé, et que dès lors la substitution deviendrait caduque, les tiers acquéreurs conserveraient la propriété comme l'ayant acquise de celui qui, par événement, est devenu définitivement propriétaire.

Ce n'est pas que l'abandon anticipé n'ait l'effet de lier le grevé, de manière que quand les appelés viendraient à décéder avant lui, les héritiers des appelés recueilleraient l'effet de la disposition, et le grevé ne pourrait reprendre les biens, à moins qu'il n'y eût une clause contraire dans l'acte d'abandon : tout serait consommé à l'égard des appelés. C'est ainsi que doit être entendu l'article 1053, qui restreint la faculté de la révocation de l'abandon aux seuls créanciers du grevé, antérieurs à cet abandon.

*Quelle est la nature du titre que doivent avoir les créanciers et tiers acquéreurs.—Du créancier chirographaire.
—De la possession.*

368. Mais pour que les créanciers et les tiers acquéreurs aient le droit dont il vient d'être parlé, il faut qu'ils aient un titre qui ait une date certaine antérieure à l'abandon anticipé. Il n'est pas nécessaire que le titre ait un caractère authentique, c'est-à-dire, qu'il émane d'un officier public; il suffit qu'il soit reconnu pour existant à l'époque de l'abandon anticipé. C'est sur la foi de ce que le grevé pouvait conserver la propriété des objets restituables, selon l'événement, et de ce qu'au moins il devait avoir les fruits jusqu'à l'ouverture de la charge de rendre, que les créanciers et les tiers acquéreurs sont présumés avoir traité avec le grevé. En sorte que le droit des créanciers chirographaires est, à cet égard, le même que celui des créanciers munis d'actes notariés.

L'article 1053 a voulu que l'abandon anticipé ne pût nuire aux créanciers antérieurs à l'abandon, et sans s'expliquer sur la nature du titre. Mais il faut le considérer comme

conçu dans le même sens que l'art. 42 du titre 1^{er} de l'ordonnance de 1747, où il était dit : « Ce qui aura lieu, » même à l'égard des créanciers chirographaires, pourvu » que leurs créances aient une date certaine avant la remise. » Il y a même raison de décider.

Furgole, dans son commentaire sur cet article de l'ordonnance, disait très-judicieusement que « cette date peut » être rendue certaine, toutes les fois qu'il y a quelque » circonstance qui exclut toute présomption d'antidate, » comme si l'écrit privé a été contrôlé (l'enregistrement » est actuellement ce qui anciennement était appelé *contrôle*); auquel cas son existence est établie par la date » du contrôle; si la remise en a été faite dans un dépôt » public, et que cette remise soit constatée, ou si l'écrit » a été signé par deux ou plusieurs parties dont quelqu'une » soit décédée. »

Lorsque Furgole s'explique, sur l'article 43, relativement à la nature du titre que doivent avoir les tiers acquéreurs antérieurs à l'abandon, il leur applique les observations qu'il avait déjà faites sur l'article 42, par rapport aux créanciers. Il dit cependant, *sauf que l'on doit ajouter que la possession du tiers acquéreur, qui sera antérieure à la restitution anticipée, pourra servir à fixer la date de l'acquisition.*

Mais on doit se tenir en garde contre cette observation : le fait seul de la possession ne suffirait pas pour donner à une vente sous seing-privé la certitude de date, parce qu'on peut jouir autrement que comme acquéreur. La possession pourrait seulement servir à fortifier d'autres preuves qui devraient exister.

Quelle est l'action des créanciers et tiers acquéreurs.

369. Cet auteur, sur l'article 42, donnait pour maxime que dans le cas dont il s'agit, « les créanciers du grevé, même » sans attaquer la restitution anticipée, qui doit être considérée comme non-avenue, pouvaient exercer les mêmes » droits et actions que s'il n'y avait point eu de restitution » anticipée. » Cette opinion, qui peut être appliquée aux

tiers acquéreurs, était fondée sur la rédaction de cet article 42 de l'ordonnance. Elle paraît également juste dans notre législation actuelle. Elle peut être motivée par les termes de l'article 1055. « L'abandon anticipé. . . ne pourra préjudicier aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon. » Ainsi un créancier n'est pas obligé, dans le cas de l'abandon anticipé, d'exercer une action contre les appelés, pour faire ordonner la nullité de cet abandon, avant d'exercer ses poursuites sur les fruits des objets sujets à restitution. Il peut les exercer contre le grevé de la même manière que s'il n'y avait pas d'abandon anticipé, et il ne succomberait à l'égard des appelés qui se pourvoieraient, que dans le cas où ils feraient décider qu'il n'y a pas de créance contre le grevé. De même le tiers acquéreur peut toujours jouir et faire les fruits siens, jusqu'à ce qu'il soit attaqué, et qu'on ait fait juger l'invalidité de son titre.

Du cas où le grevé voudrait répudier la disposition. — Droit des créanciers en ce cas.

570. L'article 1055 prévoit seulement, relativement au droit qu'il attribue aux créanciers, le cas de l'abandon anticipé de la jouissance au profit des appelés. Il semble supposer que le grevé a accepté la disposition avec charge de rendre, qu'il s'est immiscé dans la possession des biens, et que c'est en cet état qu'il y a un abandon de sa part avant l'époque où la restitution doit avoir lieu.

Mais on ne doit pas conclure de cette rédaction que l'exercice du droit des créanciers du grevé soit limité à ce seul cas. Leur droit existe encore dans le cas où le grevé voudrait répudier la disposition à charge de rendre, ce qui la ferait passer de suite, et directement, aux appelés. Alors les créanciers peuvent demander à être autorisés à accepter la disposition à la place de leur débiteur, et à jouir comme il aurait pu le faire lui-même.

Cela est fondé sur le principe consacré depuis des siècles par la jurisprudence française, et dont on trouve plusieurs exemples dans le Code civil, qu'un débiteur ne peut renoncer en fraude, ou au préjudice de ses créanciers, aux

droits qui lui appartiennent ou en vertu de la loi, ou en conséquence d'une convention. Les lois romaines autorisaient les créanciers à attaquer la renonciation, dans le cas seulement où le débiteur refusait de conserver, et ne leur accordait pas cette faculté lorsque le débiteur se dispensait seulement d'acquiescer. Mais dans nos usages, cette distinction n'a point lieu, et dans tous les cas, le droit des créanciers est le même.

Mornac, sur la loi 4, au Code *Quando fiscus*, etc., et Lebrun, *Traité des successions*, liv. 2, chap. 2, sect. 2, n° 42, expliquent parfaitement la différence qu'il y avait à cet égard, entre la législation romaine et la jurisprudence française. Ce dernier auteur donne en maxime, que régulièrement un créancier peut exercer tous les droits de son débiteur, et s'y faire subroger, quand le débiteur refuse de les exercer lui-même, parce que ce refus passe pour une fraude manifeste, personne n'étant présumé abandonner ses droits à plaisir.

Ce même auteur disait, n° 46, qu'un privilège, même personnel, qui contient quelque émolument, pouvait être exercé par les créanciers, pourvu qu'il ne demandât pas une acceptation précise de la personne à qui il était accordé; qu'en conséquence, il était permis à un créancier d'accepter une succession du chef de son débiteur, en offrant de l'indemniser des événemens.

C'est aussi ce qui a été admis par l'art. 788 du Code, et on ne saurait trouver de différence entre le cas de la succession, et celui d'une disposition telle que celle dont il s'agit.

Lorsque l'article 1055 fut présenté à la section de législation du Tribunal, il n'y était point question du droit que les créanciers du grevé pourraient exercer dans le cas de l'abandon anticipé; la disposition de l'article, telle qu'on l'y voit ajoutée, relativement à cet abandon, fut proposée par la section du Tribunal, ainsi qu'on le remarque dans ses observations qui ont été imprimées. Mais par ce mode de rédaction on n'entendait point exclure le droit des créanciers dans le cas de la répudiation de la disposition du grevé. Il y avait même raison de conserver ce droit. Dans ces deux

cas, on entendait rappeler l'ancienne jurisprudence principalement établie, par l'ordonnance de 1747; et d'après les art. 38 et 39 du titre de cette ordonnance, les droits des créanciers étaient conservés dans le cas de répudiation de la disposition, comme ils l'étaient dans le cas de la remise anticipée du fidécommis, par l'article 42. Ces deux cas, par leur affinité, peuvent être aisément confondus.

Du cas où le grevé paraîtrait seulement s'abstenir.

371. Mais il y a une autre circonstance qu'il faut prévoir, qui ne serait ni celle de l'abandon anticipé, qui suppose une acceptation antérieure et la mise en possession des biens de la part du grevé, ni celle de la répudiation de la disposition, qui fait supposer qu'il n'y a eu aucune mise en possession. Je veux parler du cas où le grevé, sans répudier, sans s'expliquer en aucune manière, paraîtrait seulement s'abstenir en ne jouissant pas de l'effet de la disposition, et laisserait jouir les héritiers de l'auteur du disposant ou tous autres.

Or, dans ce cas, d'après les principes que je viens d'exposer, les créanciers ont le droit d'exiger que leur débiteur s'explique, et s'il s'y refusait, de demander à être autorisés à accepter pour lui, en se soumettant de satisfaire à ses obligations. Cela est encore prévu par les art. 38 et 39 du titre 1^{er} de l'ordonnance de 1747, et l'on y voit que le droit des créanciers est le même que lorsqu'il s'agit, ou de la répudiation, ou de la remise anticipée.

Les créanciers du grevé peuvent-ils se pourvoir après sa mort, comme de son vivant? — Ancienne et nouvelle législation sur ce point.

372. On sent qu'il est dans l'ordre que les créanciers du grevé se pourvoient de son vivant contre la répudiation qu'il aurait faite, ou contre l'abandon anticipé auquel il aurait consenti, et que c'est aussi pendant sa vie qu'ils doivent se faire autoriser à accepter la disposition, en cas de simple abstention de sa part. Mais s'ils l'avaient négligé, et qu'il eût couru des fruits ou intérêts considérables pendant la vie du grevé, auraient-ils, après sa mort, à exercer des droits dont

le but serait de se faire adjuger ces fruits ou intérêts, n'y ayant point eu de déchéance prononcée contre le grevé, faute par lui d'avoir satisfait à ce que la loi lui impose pour assurer l'exécution de la substitution?

S'il fallait se décider par les anciens principes à cet égard, les créanciers seraient sans droit, même pour la restitution des fruits ou intérêts. Lorsqu'il s'agissait des substitutions anciennes, dès qu'elles devaient avoir lieu pour un certain nombre de degrés que j'ai expliqués dans le Discours historique, il devenait nécessaire de déterminer ce qui devait constituer chaque degré, et d'indiquer les cas dans lesquels un des appelés aurait compté ou non pour un degré. On établit en conséquence une législation qui avait cet objet, par les articles 36 et suivans du titre 1^{er} de l'ordonnance de 1747.

Suivant l'article 36, lorsque le grevé de substitution avait accepté la disposition faite en sa faveur, soit expressément par des actes ou par des demandes formées en justice, soit tacitement en s'immisçant dans la possession des biens substitués, il était censé avoir recueilli l'effet de la disposition, en sorte que le premier degré de substitution était compté après lui. Cet art. voulait qu'il en fût de même dans chaque degré de substitution, et à l'égard de chaque substitué.

Suivant l'article 37, lorsque le grevé de substitution avait renoncé à la disposition, sans s'être immiscé dans les biens substitués, ou qu'il était mort sans l'avoir acceptée, ni expressément ni tacitement, le substitué du premier degré devait en prendre la place, et les degrés de substitution ne devaient être comptés qu'après lui.

D'après l'article 38, si les créanciers du grevé ou du substitué avaient été admis à accepter la disposition faite à son profit, ou à demander l'ouverture de la substitution au lieu de leur débiteur, pour jouir pendant sa vie des biens substitués, alors les degrés de substitution étaient comptés, comme si le grevé ou le substitué eût lui-même recueilli les biens.

Enfin, l'article 39 prévoyait le cas où celui en faveur duquel la substitution aurait été faite, y aurait renoncé ou serait mort sans l'avoir acceptée expressément ou tacitement,

sans que ses créanciers eussent été admis à l'acceptation pour lui; et dans ce cas, cet article voulait que les créanciers ne pussent exercer aucun droit sur les biens substitués, au préjudice de ceux qui seraient appelés après lui à la substitution.

Furgole a tiré de cet art. et des précédens la conséquence que, dans ce cas, les créanciers n'ont aucun droit, ni quant à la propriété, qui se trouve résolue, ni *quant aux fruits*, qui n'avaient pu appartenir au débiteur.

Mais tous ces principes sont étrangers à notre législation. Les règles que je viens de rappeler furent établies pour faire cesser la grande question qui s'était élevée, de savoir si tous ceux qui étaient appelés pour recueillir un fidéicommiss, devaient être comptés et faire nombre pour remplir les degrés, soit qu'ils eussent recueilli ou non, et quand même ils auraient renoncé. Notre législation n'a point dû établir des réglemens pour déterminer ces cas. Il ne faut donc pas une acceptation précise de la part de celui au profit duquel la disposition est faite. Cette acceptation est seulement nécessaire dans le cas de la disposition énoncée dans l'article 1052 du Code, parce qu'il s'agit alors d'une option à faire entre la première disposition qui donne les biens libres, et la seconde qui assujétit à la charge de rendre et ces biens et ceux qui seront donnés ultérieurement, et que c'est cette option qui fixe les droits des appelés ainsi que je l'ai déjà observé.

Cela étant, qu'il y ait acceptation ou non, les fruits ou intérêts qui auront couru sur le grevé, tant qu'il n'y aura pas eu de déchéance, aux termes de l'article 1057 du Code civil, pourront être réclamés par ses créanciers.

Y aurait-il une répudiation ou un abandon anticipé, il serait difficile de soutenir que les créanciers du grevé ne pussent pas attaquer ces actes, même après sa mort, pour avoir les fruits ou intérêts encourus pendant la vie du grevé, s'ils prouvaient que la répudiation ou l'abandon anticipé, qu'ils auraient pu ignorer, ont été faits à leur préjudice. Il ne s'agit plus, comme autrefois, de savoir s'il doit être fait ou non omission d'un degré de substitution, et si par le si-

lence, ou par des actes de la part du grevé, il y a eu ou non résolution du droit que le grevé pouvait avoir eu, laquelle résolution devait avoir lieu à l'égard de ses créanciers comme au sien, en cas de non-réclamation de leur part. Tout se réduit à savoir s'il a été fait quelque chose à leur préjudice; et dans le cas de l'affirmative, ils peuvent toujours faire redresser les torts qu'on leur a faits.

Des causes qui peuvent donner lieu à l'ouverture des droits des appelés.

373. L'article 1053 n'établit aucune règle sur les clauses qui peuvent donner lieu à l'ouverture de la disposition à charge de rendre. Il y est seulement dit que les droits des appelés seront ouverts à l'époque où, par quelque cause que ce soit, la jouissance de l'enfant, du frère ou de la sœur grevés de restitution, cessera.

M. Malleville a dit avec raison, sur cet article, que la substitution peut être ouverte, 1° par la répudiation que le grevé peut faire des biens à lui donnés sous cette charge; 2° par l'indignité qui pourrait être prononcée contre lui; 3° par la privation qu'il pourrait encourir par son mépris; 4° par l'abandon anticipé qu'il pourrait faire de sa jouissance; 5° par l'échéance du jour ou de la condition auxquels il aurait été chargé de rendre; 6° par sa mort naturelle ou civile.

De la clause que les biens seraient rendus lorsque le grevé le voudrait.

374. Mais relativement à l'échéance du jour ou de la condition, on peut observer qu'il serait possible qu'il n'y eût point de jour fixe; ce qui arriverait si l'auteur de la disposition avait voulu que les biens fussent rendus, lorsque le grevé voudrait ou qu'il le jugerait à propos. Une pareille clause dont on voyait anciennement assez d'exemples, ne nuirait point à la validité de la disposition. L'article 42, titre 1^{er} de l'ordonnance de 1747, supposait seulement, d'une manière indéfinie, *le temps où le fidéi-commis devait être restitué*. Et Furgole, sur ce même article, admet l'effet de la clause dont je viens de parler. L'époque à laquelle se fait

la restitution dans ce cas, est censée avoir été ordonnée par l'auteur même de la disposition. Elle est présumée faite, *secundum judicium defuncti*; c'est aussi par cette raison qu'ainsi que l'observe Furgole, les créanciers du grevé ne peuvent point se plaindre de cette restitution, mais ils ont toujours droit aux fruits ou intérêts échus antérieurement.

Du cas de méus de la part du grevé.—Droit des créanciers en ce cas.

375. On sent encore que la privation que le grevé pourrait encourir dans le cas du méus, doit intéresser ses créanciers.

Furgole, sur l'article 43, titre 1^{er} de l'ordonnance de 1747, semble dire d'une manière trop absolue, quoique d'après la loi 50, ff. *ad S. C. Trebell.*, qu'une telle restitution forcée doit laisser dans leur entier tous les droits des créanciers et des tiers acquéreurs, parce que leur condition ne doit pas devenir pire par le fait du grevé; et quoique la restitution anticipée soit forcée, elle est occasionnée néanmoins par des faits qui sont volontaires dans leur principe; qu'ainsi il faut appliquer à ce cas les règles relatives à la restitution anticipée, faite volontairement par le grevé.

On sent qu'il est possible qu'on n'ait rien à imputer, dans ce cas, à la volonté proprement dite du grevé, et que la demande en privation soit nécessitée uniquement par son inconduite, sans collusion avec les appelés; et dès lors ceux-ci ne devraient pas être victimes de la circonstance que le grevé aurait des créanciers.

Il faut donc concilier les intérêts des uns et des autres. Notre législation en indique le moyen; on le trouve dans l'art. 618 du Code. Cet article reçoit son application au cas en question, quoiqu'il ne concerne que l'usufruitier. Il y est dit que l'usufruit peut cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, et il y est ajouté que les créanciers de l'usufruitier peuvent intervenir dans les contestations, pour la conservation de leurs droits, qu'ils peuvent offrir la réparation des dégradations, et des garanties pour l'avenir.

Dans le cas de privation pour méus, la propriété des biens est acquise aux appelés, comme dans le cas d'abandon anticipé.

376. Mais en faisant abstraction, dans le cas d'abus de jouissance de la part du grevé, de l'existence de créanciers antérieurs, et en supposant qu'en raison de cet abus de jouissance, la restitution eût été ordonnée en faveur des appelés, l'ouverture de la charge de rendre est-elle consommée? et si ensuite les appelés venaient à mourir avant le grevé, les héritiers de ces appelés conserveraient-ils les biens qui étaient sujets à restitution?

Il paraît qu'on doit se décider pour l'affirmative. La solution de cette question tient à celle de savoir s'il en serait de même dans le cas de l'abandon fait avant l'époque où la restitution aurait dû avoir lieu d'après la disposition. Or, dans cette section j'ai déjà eu occasion de m'expliquer dans le sens de l'affirmative; et cela résulte de l'opinion de M. Malleville, qui met au nombre des causes qui donnent lieu à l'ouverture de la substitution, l'abandon anticipé que le grevé pourrait faire de sa jouissance, et de plus la privation qu'il pourrait encourir par son méus. L'article 1055 ne détermine positivement aucune des causes qui donnent lieu à l'ouverture des droits des appelés; il dit seulement que les droits des appelés seront ouverts à l'époque où, *par quelque cause que ce soit*, la jouissance des grevés cessera.

Il est incontestable qu'aux termes de l'article 618 du Code, l'usufruit peut cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, et dès lors l'usufruit est consolidé à la propriété. Or, par analogie de principes et de conséquences, la restitution étant ordonnée, le fidéi-commis étant déclaré ouvert, le droit sur les biens contenus dans la disposition, est acquis aux appelés et quant à la jouissance et quant à la propriété, et ils transmettent ce droit à leurs héritiers. Il répugne à tous les principes, qu'il puisse, en pareil cas, se faire un retour des biens à l'égard du grevé. Quoique la restitution ait été forcée, *elle est occasionnée néanmoins*, ainsi que le dit Furgole, *par des faits qui sont volontaires*

dans leur principe. En sorte que ce cas doit être assimilé à celui de l'abandon anticipé.

Les appelés sont saisis de droit et sans formalités, à la différence des appelés dans les anciennes substitutions.

377. Lorsqu'il s'agissait des anciennes substitutions, les appelés ne pouvaient, après le décès du grevé ou de chacun des substitués, se mettre en possession des biens sujets à restitution : il y a plus, ils n'en étaient pas saisis, et les fruits ne leur appartenaient pas, avant qu'ils n'eussent rempli différentes formalités. Ils devaient obtenir, à l'égard des héritiers ou ayant-cause de l'auteur de la substitution ou de celui qui en était chargé, la délivrance ou la remise du fidéicommiss. Ils ne pouvaient jusque là évincer les tiers possesseurs des biens compris dans la substitution. Toutes les formalités et les conditions auxquelles les appelés étaient soumis, sont énoncées dans les articles 40 et 41, titre 1^{er} de l'ordonnance de 1747.

D'après la nature et la durée des anciennes substitutions, on sent les inconvénients qu'il y aurait eu d'admettre les appelés de plein vol à la mise en possession des biens grevés de substitution, et qu'ils auraient cru devoir leur appartenir. Il était indispensable de procéder préalablement à la distinction des biens libres, de ceux qui étaient substitués, à la liquidation des créances ou reprises auxquelles les biens substitués pouvaient être sujets envers ceux qui étaient obligés de les rendre. Il pouvait y avoir sur ces biens substitués des déductions à faire de légitimes de ceux qui étaient grevés, et qui ne pouvaient point être comprises dans les substitutions, ou de la quarte trébélianique qui n'a plus lieu actuellement. S'il y avait lieu à la distinction des biens libres et des biens substitués, et à ces déductions et liquidations, les héritiers de l'auteur de la substitution avaient la jouissance provisoire des biens faisant partie de la succession, jusqu'à ce qu'il eût été procédé à ces opérations.

Il ne peut être question de toutes ces mesures dans notre législation. A l'époque où, par quelque cause que ce soit, la jouissance des grevés doit cesser, les appelés sont saisis de

droit, et dès ce moment les fruits des biens substitués leur appartiennent. Tel est le résultat de l'article 1053 du Code.

Ce n'est pas qu'il ne puisse y avoir des liquidations à faire entre les héritiers des grevés et les appelés, qu'il ne puisse y avoir lieu à des reprises, et que de tout cela il ne naisse des contestations. Mais il est dans l'esprit de l'article 1053, que la possession provisoire doit être accordée aux appelés. C'est ce qui est au surplus soumis à la prudence des juges. Toujours est-il vrai que, sans qu'il y ait eu de la part des appelés, ni demande en délivrance, ni d'autres formalités, ils peuvent réclamer les fruits ou intérêts encourus depuis l'époque à laquelle la restitution aura dû avoir lieu.

Il n'y a d'autre demande en délivrance à former que celle qui doit être dirigée de la part de celui auquel la disposition est faite avec la charge de rendre, dans les cas où cette délivrance est prescrite par le Code civil, et que j'ai expliqués dans la seconde partie, n° 293 et suiv. La circonstance que la disposition est faite avec charge de rendre, ne saurait être un motif pour dispenser de la demande en délivrance, dans tous les cas où la disposition en-elle même y est sujette.

Du recours subsidiaire de la femme du grevé, sur les biens à rendre. — Pour quels droits il peut être exercé, et dans quel cas.

378. Dans l'ancienne législation relative aux substitutions, on avait été forcé d'accorder aux femmes des grevés ou des substitués une hypothèque subsidiaire, sur les biens substitués, en cas d'insuffisance des biens libres. Cela devenait nécessaire à raison de la durée de ces substitutions. Les grevés et les substitués auraient pu n'avoir d'autres biens que ceux qu'ils devaient rendre, et dès lors il serait souvent arrivé qu'ils n'auraient point pu se marier, ou qu'ils auraient fait des alliances peu convenables. Le principal but de l'auteur de la substitution aurait été manqué, puisqu'on sait que les substitutions avaient ordinairement pour objet le maintien et l'illustration des familles. Cette hypothèque subsidiaire avait lieu non-seulement pour la dot, mais encore pour les douaires, l'augment de dot et

les gains de survie, ainsi qu'on peut le voir dans les articles 44 et suiv. de l'ordonnance de 1747, titre 1^{er}. De là il résultait des contestations embarrassantes à chaque degré que la substitution parcourait, et souvent même la substitution ne pouvait s'exécuter pleinement; ce qui arrivait lorsque les répétitions de la part des femmes s'exerçaient fréquemment sur les biens substitués.

Mais d'après la grande différence qu'il y a entre les anciennes substitutions et la disposition avec charge de rendre, admise dans notre législation, ces inconvéniens ne se présenteront point. D'après l'art. 1054 du Code civil, les femmes des grevés n'auront de recours subsidiaire sur les biens à rendre, en cas d'insuffisance des biens libres, que pour le capital des deniers dotaux, et encore ce recours subsidiaire n'aura-t-il lieu que lorsque l'auteur de la disposition l'aura expressément ordonné. Je dis *l'auteur de la disposition*, quoique la loi dise, « et dans le cas seulement » où le *testateur* l'aurait expressément ordonné, » parce qu'il y a lieu de penser que la loi n'a pas voulu distinguer la disposition faite par donation, de celle qui est faite par testament.

De la manière dont cet article 1054 est conçu, il ne dépend pas de l'auteur de la disposition de faire plus que ce que la loi lui permet; en sorte que le recours ne peut être établi que pour la dot. La loi a encore entendu la dot pécuniaire, de manière que ce recours ne pourrait avoir lieu pour une répétition en deniers de fonds dotaux vendus par la femme ou par le mari conjointement ou séparément. Cela résulte de ces expressions de l'article 1054, *que pour le capital des deniers dotaux*; et cela doit d'autant plus être observé, que dans ce cas, d'après l'article 49 de l'ordonnance de 1747, titre 1^{er}, le recours subsidiaire était refusé à la femme, sauf, lorsque la vente était nulle, son action en désistement contre les tiers détenteurs.

SECTION II.

DES FORMES RELATIVES A LA PUBLICITÉ DE LA DISPOSITION AVEC CHARGE DE RENDRE ; DES PERSONNES QUI PEUVENT OPPOSER LE DÉFAUT DE CETTE PUBLICITÉ, ET DES EFFETS QU'ELLE DOIT AVOIR.

De la transcription de la disposition, quant aux immeubles, et de l'inscription, quant aux deniers provenant d'effets actifs.

379. La crainte que des tiers, tels que des acquéreurs et des créanciers, ne fussent trompés en contractant avec le grevé, a dû inspirer au législateur des précautions afin de rendre publiques les dispositions dont il s'agit. L'article 57 de l'ordonnance de Moulins, et celle de 1747, tit. 2, art. 8, exigeaient la publication des substitutions fidéi-commis-saires, en jugement, l'audience tenante, et leur enregistrement au greffe du siège où la publication était faite. L'établissement du nouveau régime hypothécaire a donné naturellement l'idée, quant aux immeubles, de la transcription de la disposition à charge de restitution, au bureau des hypothèques du lieu de la situation, de même que pour la donation ; et s'il y a des emplois de sommes provenantes d'effets actifs qui seraient grevés de substitution, lesquels, aux termes de l'art. 1067, peuvent être faits avec privilège sur des immeubles, la publicité résultera de l'inscription sur les biens affectés au privilège. Art. 1069.

Le défaut de transcription pourra être opposé par ceux qui y auront intérêt, même aux mineurs ou interdits, sauf leur recours contre le grevé et contre le tuteur à l'exécution, dont il sera parlé dans la suite, quand même le grevé et le tuteur seraient insolubles. Art. 1070. L'intérêt public, qui l'emporte toujours sur celui des particuliers, exigeait la même législation à cet égard, que pour le cas du défaut de transcription de la donation entre vifs, sur lequel je me suis expliqué dans la première partie, chap. IV, nos 167, 168 et 168 *bis*.

Quelles personnes peuvent opposer le défaut de transcription ou inscription. — Quelles personnes ne le peuvent, et notamment du donataire postérieur.

380. Il est nécessaire de faire quelques observations sur la transcription des dispositions faites avec charge de restitution.

L'art. 1070 indique les personnes qui pourront en opposer le défaut : ce sont les créanciers et les tiers acquéreurs.

Dans cet article il n'est parlé que du défaut de transcription ; mais il est sensible que ces dispositions doivent également se rapporter au défaut d'inscription, dans le cas où cette inscription devient nécessaire, en conséquence de l'article 1069.

Ce même article 1070 parle simplement des créanciers et tiers acquéreurs : mais tout indique qu'il a eu pour objet les créanciers et tiers acquéreurs du grevé et du tuteur nommé à l'exécution, puisqu'il est ajouté, *sauf le recours contre le grevé et contre le tuteur à l'exécution*. Cet article se réfère évidemment aux dispositions de l'art. 1069, où il est dit que « les dispositions par actes entre vifs ou testamentaires, à charge de restitution, seront, à la diligence, soit du grevé, soit du tuteur nommé pour l'exécution, rendues publiques, etc. »

Lorsque le législateur, relativement à la donation entre vifs simple, s'est expliqué, dans l'article 941, sur ceux qui étaient chargés de la transcription de la donation, qui sont énoncés dans l'article 940, il ne s'est pas contenté de dire que le défaut de transcription de la donation ne pourrait pas être opposé par les personnes chargées de faire faire cette transcription, il a ajouté, *ou leurs ayant-cause*.

Dans ces mots, *ou leurs ayant-cause*, on peut comprendre non-seulement les héritiers, les donataires et les légataires de ceux qui étaient chargés de la transcription, mais encore leurs créanciers, tiers acquéreurs et cessionnaires.

On peut voir ce qui est dit par Furgole, sur ces mots *ou ayant-cause*, dans ses observations sur l'art. 30 de l'or-

donnance de 1751, et par Lacombe, dans son commentaire sur le même article.

Mais lorsqu'il s'agit du défaut de transcription de la disposition, comme substitution, le législateur accorde, par des motifs d'intérêt public, aux créanciers et tiers acquéreurs du grevé, et du tuteur nommé à l'exécution, la faculté d'opposer aux appelés le défaut de transcription, sauf seulement le recours de ces appelés, même mineurs ou interdits, contre le grevé et contre le tuteur à l'exécution. Ainsi, tous autres ayant-cause du grevé et du tuteur à l'exécution, tels que leurs donataires, légataires et héritiers, ne peuvent pas opposer le défaut de transcription. L'article 1070 est conçu de la même manière que l'était l'art. 32 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747, relativement à l'enregistrement et à la publication qui avaient lieu pour les anciennes substitutions. Et cet article de l'ordonnance était entendu dans le sens que je viens de présenter, par tous les commentateurs, et encore par Pothier, *Introd. au tit. 16 de la Coutume d'Orléans*, n° 18. Furgole, sur l'article 32 de l'ordonnance, mais surtout sur l'article 29, explique ce qu'on doit entendre positivement par *créanciers et tiers acquéreurs*.

L'article 1072 désigne ensuite les personnes qui ne peuvent opposer aux appelés le défaut de transcription ou inscription : ce sont les donataires, les légataires et même les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposition. Cet article comprend aussi dans l'exclusion, leurs donataires, légataires ou héritiers. Cet article est conforme à l'article 34 du titre 2 de l'ordonnance de 1747.

Cet article de l'ordonnance ne souffrait point de difficulté dans son exécution, soit que la disposition contenant substitution fût faite par donation entre vifs, soit qu'elle le fût par testament.

La disposition était-elle faite entre vifs, le donataire grevé de substitution ne pouvait lui-même opposer le défaut d'enregistrement et publication, remplacé aujourd'hui par la transcription. La raison en était qu'il ne pouvait se prévaloir du défaut d'une formalité dont il était lui-même tenu,

d'après l'art. 18 du même titre 2 de l'ordonnance de 1747 ; et il en était de même de ses ayant-cause, sous la seule exception de ses créanciers et tiers acquéreurs, en conséquence de l'art. 52.

A l'égard des donataires postérieurs à la donation qui aurait été faite avec substitution, et des légataires du donateur, l'article 34 de l'ordonnance ne les avait pas en vue : en voici la raison. C'est que dans l'ancienne législation, la disposition faite par donation entre vifs, avec substitution, était sujette à deux formalités qui devaient concourir, savoir, l'insinuation de la disposition comme donation entre vifs, établie par l'ordonnance de 1731, et ensuite la publication et enregistrement de la disposition, comme substitution. Ces deux formalités étaient absolument différentes ; elles ne se faisaient ni de la même manière, ni dans les mêmes lieux.

Or, les donataires postérieurs et les légataires étaient sans intérêt, dès que la formalité de l'insinuation de la disposition, comme donation entre vifs, était remplie ; ce que supposait l'ordonnance de 1747 : le défaut de cette formalité était le seul qui pût les concerner.

Il en était de même des héritiers légitimes du donateur : ils pouvaient bien opposer le défaut d'insinuation de la disposition, comme donation entre vifs, formalité que l'ordonnance de 1747 supposait toujours remplie ; mais ils ne pouvaient pas opposer le défaut de publication et enregistrement de la disposition, comme substitution. La raison en était que la disposition, comme donation entre vifs, avait reçu sa perfection, à leur égard, par l'insinuation. Le défaut de publication et d'enregistrement de la disposition, comme substitution, ne les concernait pas, parce qu'il ne pouvait en résulter que l'inexécution de la substitution. La disposition directe demeurait dans toute sa force en faveur du donataire, et les héritiers légitimes étaient toujours sans intérêt.

Si la disposition avec substitution était faite par testament, les héritiers légitimes ne pouvaient, par la même raison, avoir intérêt au défaut de publication et d'enre-

gistroment. Tous héritiers ou légataires grevés ne pouvaient évidemment opposer le défaut d'accomplissement d'une formalité dont ils étaient tenus ; et enfin il ne pouvait être question, dans ce cas, de donataires postérieurs.

Dans notre législation, il n'y a pas de difficulté dans le cas de la disposition avec charge de rendre, faite par testament ; car on peut lui appliquer tout ce que je viens de dire relativement à l'ancienne substitution, sous le rapport de la formalité de la publication et de l'enregistrement.

Mais dans le cas d'une donation entre vifs, avec charge de rendre, on doit dire que les termes de l'article 1072, *les donataires*, se rapportent aux *donataires postérieurs* de l'auteur de la disposition avec charge de rendre, et que dès lors ces donataires postérieurs, comme les héritiers légitimes de l'auteur de la disposition, ne pourraient jamais opposer le défaut de transcription de la disposition ; que par cela seul qu'ils ne peuvent point s'en prévaloir contre les appelés, ils n'ont point ce droit à l'égard même de donataires directs, puisqu'il en résulterait que la disposition croulerait à l'égard des appelés, parce qu'il n'y a qu'une forme identique de transcription pour toutes les parties de l'acte, et qu'on doit supposer qu'il ne se fera pas une transcription de la disposition comme donation, et une autre de la même disposition comme charge de rendre.

En considérant sous ce rapport l'article 1072, il s'en tire la conséquence que, dans le cas d'une donation entre vifs avec charge de rendre, s'il y avait une donation postérieure avant qu'il y eût aucune transcription, ce qui est dans l'ordre des choses possibles, le donateur postérieur, ainsi que les héritiers et les légataires de l'auteur de la disposition, ne pourraient point opposer aux appelés un défaut de transcription qui rendrait la disposition sans effet à leur égard. Cette décision résulte de la lettre de l'article 1072, puisque cet article ne fait aucune distinction, relativement au défaut de transcription, entre la disposition comme donation entre vifs, et la même disposition comme substitution, et que de plus il y est dit qu'en *aucun cas* le défaut

de transcription ne pourra être opposé aux appelés par les personnes qui y sont mentionnées.

Cette décision est encore justifiée par un autre motif, qui se puise dans les principes de la législation nouvelle, et qui s'oppose à l'application des principes de l'ancienne.

C'est qu'il est dit dans l'art. 1055 du Code, que celui qui fera une disposition avec charge de rendre, pourra, par le même acte, ou par un acte postérieur, en forme authentique, nommer un tuteur chargé de l'exécution de la disposition. Ainsi, quoique l'auteur de la disposition ne soit pas précisément chargé de la transcription, puisqu'il est dit dans l'article 1056, qu'à défaut de ce tuteur, il en sera nommé un à la diligence du grevé ou de son tuteur, etc., il n'est pas moins vrai que l'auteur de la disposition est participant à la charge de l'exécution de la disposition à charge de rendre; la loi indique que c'est autant dans son propre intérêt que dans celui du grevé et des appelés, qu'elle lui permet une disposition de cette nature.

Ce qui achève de prouver que la loi a été conçue dans cette idée, c'est que la discussion du Conseil d'état apprend, séance du 27 ventôse an 11, tome 2, pages 644 et 647, que d'après une première rédaction à laquelle l'art. 1072, qui est resté, est toujours analogue, la nomination d'un tuteur à l'exécution de la substitution, de la part de l'auteur de la substitution, était de nécessité, sans quoi la disposition n'aurait point été valable. Ce fut d'après la réflexion de M. Cambacérès, qui fit observer qu'on doit empêcher avant tout que l'oubli ou l'ignorance n'introduise des nullités dans les testaments olographes, que la nomination d'un tuteur devint seulement facultative à l'égard de l'auteur de la disposition; au lieu que dans l'ordonnance de 1747, on ne voit point de disposition semblable. Les grevés seuls étaient chargés de l'accomplissement des formes. Dès lors les principes relatifs aux donataires, légataires et héritiers de tous ceux qui sont chargés de faire transcrire, deviennent applicables au cas même du défaut absolu de transcription de la donation entre vifs avec charge de rendre.

Ainsi, de ce qui vient d'être dit, on doit conclure que,

dans notre législation, le défaut de transcription de la donation entre vifs avec charge de rendre, ne peut être opposé ni par les donataires ou légataires grevés, ni par les donataires postérieurs, légataires et héritiers de l'auteur de la disposition. Tel est le résultat de l'article 1072.

*La transcription est indispensable à l'égard des tiers. —
Ce qui s'ensuit.*

381. La transcription de la disposition est le seul moyen légal d'après lequel on puisse dire que les tiers ont eu connaissance de la disposition.

On ne peut induire cette connaissance d'aucun autre acte, ni d'aucune circonstance particulière. Art. 1071. Telle était encore l'ancienne législation. L'art. 33 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747, en avait une disposition précise. Cela s'applique également à la transcription de la donation entre vifs ; les raisons en sont les mêmes. Ricard, *des Don.*, partie 1^{re}, n° 1252, et Furgole, dans ses observations sur l'article 23 de l'ordonnance de 1751, citent des arrêts qui prouvent jusqu'à quel point la jurisprudence a été sévère à ce sujet.

C'est donc seulement lorsque la disposition a été transcrite conformément à la loi, que les grevés ne peuvent imposer des hypothèques sur les biens sujets à restitution, au préjudice des appelés, et que l'on ne peut valablement les acquérir des grevés, ou au moins la vente n'aurait son effet que dans le cas où il n'y aurait point ouverture au fidéicommis, et où, par conséquent, le grevé demeurerait définitivement propriétaire des objets compris dans la disposition, et qu'il aurait vendus. L'acquéreur, en cas d'éviction de la part des appelés, aurait seulement son recours contre la succession du vendeur, par rapport aux biens libres, pour la restitution du prix de la vente, pour les améliorations qu'il aurait faites, et pour les frais et loyaux coûts. Il n'aurait pas d'action en dommages-intérêts, parce qu'il y aurait une présomption légale qu'il a connu la substitution, et dès lors il aurait à s'imputer d'avoir acquis de celui qui n'avait qu'un droit de propriété sujet à résolution.

Les appelés qui sont héritiers du grevé peuvent demander le désistement des immeubles aliénés, malgré la transcription. — A quoi sont-ils d'ailleurs tenus ?

382. J'ai vu que les auteurs qui ont écrit sur cette matière depuis le Code civil, sont divisés sur la question de savoir si les appelés, lorsqu'ils sont héritiers des grevés, peuvent réclamer le désistement des immeubles aliénés malgré la transcription, et s'ils ne sont pas non recevables dans leur demande, par la raison qu'ils en sont garans comme héritiers, d'après la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*.

Mais cette circonstance n'empêcherait pas l'éviction de la part des appelés. C'est ~~ce que~~ voulait l'article 51 du titre 2 de l'ordonnance de 1747, qui était fondé sur les vrais principes de la matière. Tel est le vœu de la disposition faite avec charge de rendre ; l'acquéreur ne peut l'éluder par une acquisition faite de celui qu'il savait n'avoir qu'une propriété résoluble. Cela doit encore être plus observé dans notre législation actuelle, d'après l'article 1599 du Code, où il est dit, en dérogeant aux principes du droit romain, que « la vente de la chose d'autrui est nulle, et qu'elle ne » peut donner lieu à des dommages et intérêts, que lors- » que l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. »

Cependant il est bien entendu que, dans ce cas même, les appelés ne peuvent obtenir le désistement qu'en remboursant à l'acquéreur évincé le prix de la vente, les améliorations et les loyaux coûts. Ils ne peuvent non plus, en leur qualité d'héritiers, se dispenser du remboursement des créances, pour lesquelles les biens substitués auraient été hypothéqués.

Il ne court pas de prescription contre les appelés, jusqu'à l'ouverture de leur droit, si ce n'est pour les actions réputées mobilières.

383. De ce que les grevés ne peuvent vendre les biens substitués, au préjudice des appelés, il s'ensuit qu'il ne court point de prescription contre les appelés jusqu'à

L'ouverture de leur droit, parce que la prescription est assimilée par les lois à une aliénation. C'est alors le cas d'appliquer la maxime tellement usitée, qu'elle est invoquée par ceux qui ignorent la langue latine, comme par ceux qui la savent : *Contra non valentem agere non currit præscriptio*. Et quand la prescription aurait commencé contre l'auteur même de la disposition, elle ne s'accomplirait point contre les appelés sur la tête du grevé.

Mais il n'en serait pas de même d'une action réputée mobilière, qui serait comprise dans la substitution. La prescription commencée ou non, contre l'auteur même de la substitution, continuerait et s'accomplirait contre le grevé, au préjudice des appelés. La raison en est que, dans ce cas, la prescription fait supposer une libération. Il ne resterait que le recours contre ceux à la négligence desquels on pourrait imputer la perte de l'action. On peut sur cette prescription consulter Furgole, sur l'article 51, titre 2 de l'ordonnance de 1747.

SECTION III.

DES FORMES PARTICULIÈRES ÉTABLIES POUR LA CONSERVATION DES OBJETS SUBSTITUÉS, ET SURTOUT LORSQU'ILS CONSISTENT EN MOBILIER.

Motifs de ces formes. — Du tuteur pour l'exécution de la disposition.

384. On ne peut supposer une substitution, sans l'idée d'une surveillance qui doit être exercée sur le grevé; les appelés ne peuvent même être connus tant que le grevé vit, puisque la substitution concerne non-seulement les enfans nés, mais encore tous ceux à naître. C'est n'est donc qu'à l'ouverture de la substitution, par la mort du grevé, que les appelés sont parfaitement connus, et que leurs droits sont déterminés. Il y a même plus, c'est qu'à supposer que la substitution s'ouvrit autrement que par le décès du grevé, ceux des appelés existans alors ne seraient

pas propriétaires incommutables des biens substitués; ils ne pourraient en faire un partage au moins définitif, puisque s'il naissait d'autres enfans du grevé, ils prendraient part à ces biens. Il faut donc qu'il y ait *un tuteur nommé pour l'exécution* des dispositions; ce qu'on appelait, dans l'ancienne législation, *le curateur à la substitution*.

De la nomination du tuteur. — Quelle peine encourt le grevé qui n'en a pas fait nommer un.

385. D'après l'article 1055, l'auteur de la disposition avec charge de rendre peut nommer, par l'acte qui contient la disposition, ou par un acte postérieur, en forme authentique, un tuteur chargé de l'exécution de la disposition. Ce tuteur ne pourra être dispensé que pour une des causes exprimées dans la section 6^e du chapitre 2 du titre *de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*.

A défaut de ce tuteur, il en sera nommé un à la diligence du grevé ou de son tuteur, s'il est mineur, dans le délai d'un mois, à compter du jour du décès du donateur ou testateur, ou du jour que, depuis cette mort, l'acte contenant la disposition aura été connu. Art. 1056.

Il est dit dans l'article 1057, que le grevé qui n'aura pas satisfait à l'article 1056, sera déchu du bénéfice de la disposition, et que dans ce cas le droit pourra être déclaré ouvert au profit des appelés, à la diligence, soit des appelés, s'ils sont majeurs, soit de leur tuteur ou curateur, s'ils sont mineurs ou interdits, soit de tout parent des appelés majeurs, mineurs ou interdits, ou même d'office, à la diligence du procureur du Roi au tribunal de première instance du lieu où la succession est ouverte.

On croit pouvoir dire que ces mots *sera déchu* ne doivent pas être pris à la lettre, et qu'en les combinant avec ceux-ci, et *dans ce cas, le droit pourra être déclaré ouvert*, etc., il en résulte que la déchéance est subordonnée aux circonstances d'après lesquelles les juges pourront la prononcer de suite, ou après un nouveau délai qu'ils croiraient devoir accorder.

Précautions à prendre pour l'exécution de la disposition.

586. Lorsqu'il y a un tuteur nommé pour l'exécution, c'est avec ce tuteur que doivent être prises toutes les précautions propres à assurer le vœu de l'auteur de la disposition en faveur des appelés. Les principaux objets de ces précautions sont , 1° de constater les biens ; 2° de parvenir à la vente du mobilier, quand il y a lieu ; 3° de faire l'emploi des deniers ; 4° de veiller à la transcription et à l'inscription.

De l'inventaire , sur quoi il doit porter , qui doit le requérir , et en présence de qui il doit être fait. — Du cas où le tuteur assigné ne comparaitrait pas. L'inventaire serait-il nul ?

587. Quant à la première précaution , elle est remplie , aux termes de l'article 1058 , par l'inventaire qui doit être fait dans les formes ordinaires , après le décès de l'auteur de la disposition , de tous les biens et effets qui composeront sa succession , excepté le cas où il ne s'agirait que d'un legs particulier. Cet inventaire , est-il dit dans le même article , contiendra la prise à juste prix des meubles et effets mobiliers.

On sent que quoique la substitution ne portât que sur une quotité de succession , soit que cela résultât de l'acte de disposition , soit que le grevé eût personnellement une portion de la succession qui n'eût pu être substituée , l'inventaire doit porter sur la totalité de la succession , la partie substituée ne pouvant être déterminée et par conséquent conservée que par la connaissance du tout.

On comprend aussi que l'inventaire doit porter sur tout ce qui est mobilier corporel , et sur tous les titres d'objets mobiliers incorporels ; et à l'égard des immeubles , sur les titres de propriété et baux de ferme. Malgré ces termes de l'article du Code , à l'inventaire de tous les biens et effets , etc. , on pourra consigner dans l'inventaire les déclarations et renseignemens convenables sur la consistance et la valeur des immeubles. Du reste , les formes de l'in-

ventaire sont tracées dans le titre 4 du livre 2 de la 2^e partie du Code de procédure civile.

Mais si la charge de rendre était établie par une donation entre vifs, qui contiendrait un état des meubles ou effets mobiliers, alors il y a lieu de penser que ce ne serait plus le cas d'un nouvel inventaire. Furgole en fait l'observation sur l'article 1^{er}, titre 2 de l'ordonnance de 1747. On ne doit pas multiplier les frais sans nécessité. L'objet de la loi étant rempli dans cette circonstance, un inventaire deviendrait aussi inutile qu'il l'est dans le cas d'un legs particulier, qui, à la vérité, est le seul prévu par l'article 1058.

L'inventaire doit être fait, d'après l'article 1059, à la requête du grevé de restitution, et dans le délai fixé au titre des successions. Il doit être fait en présence du tuteur nommé pour l'exécution. Les frais en doivent être pris sur les biens compris dans la disposition.

Si l'inventaire n'a pas été fait à la requête du grevé, dans le délai dont il vient d'être parlé, il y sera procédé dans le mois suivant, à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution, en présence du grevé ou de son tuteur. Article 1060. Et si enfin la confection de l'inventaire était négligée tant de la part du tuteur nommé à l'exécution, que de la part du grevé ou de son tuteur, il y sera procédé à la diligence des personnes désignées dans l'article 1057, en y appelant le grevé ou son tuteur, et le tuteur nommé pour son exécution. Article 1061.

On ne serait pas fondé à dire que non-seulement le tuteur nommé pour l'exécution doit être présent à l'inventaire et aux autres actes conservatoires, mais qu'encore ils doivent être faits en présence de ceux des appelés à la substitution, qui existent alors; car on pourrait objecter que ceux-ci ont le droit de se représenter en personne lorsqu'ils sont majeurs, ou par leur tuteur, s'ils sont mineurs, et que le tuteur nommé pour l'exécution doit seulement représenter ceux des appelés qui peuvent survenir jusqu'à la mort du grevé.

La loi établit un seul contradicteur légitime à l'égard du

grevé, pour l'intérêt de la substitution, qui est le tuteur nommé pour l'exécution. C'est ce seul contradicteur dont elle réclame la présence et le ministère. La loi a craint de mettre en opposition les enfans avec les pères. Les enfans seraient souvent gênés dans la défense de leurs droits par le respect qu'ils doivent aux auteurs de leurs jours. Il a paru convenable de confier les intérêts de la substitution à tous autres qu'à des enfans. Ainsi on ne peut demander des formalités que la loi ne prescrit pas, et qui donneraient lieu à des dépenses et à des entraves. En sorte que notre législation diffère à cet égard de celle qui était tracée dans l'art. 5 du titre 2 de l'ordonnance de 1747, et qui est expliquée par Furgole dans son Commentaire sur cet article. Ce n'est pas cependant que les appelés existans ne puissent intervenir pour le maintien de leurs intérêts quand il y aura lieu. Cette faculté est de droit; mais il n'y aurait point d'irrégularité, quand il n'y aurait d'appelé que le tuteur nommé à l'exécution.

Furgole, sur l'art. 5 du titre 2 de l'ordonnance de 1747, suppose le cas où le curateur à la substitution (représenté actuellement par le tuteur nommé à l'exécution), ne comparait pas à l'assignation qui lui serait donnée pour être présent à l'inventaire; et il dit qu'il n'est pas douteux que, dans ce cas, on peut passer outre à l'inventaire, et qu'il serait aussi régulier que si le curateur à la substitution y eût comparu. Il se fonde sur ce que le défaut de comparaître sur une assignation, équivaut à la présence; et que si l'inventaire ne pouvait être fait qu'autant que le curateur y assisterait réellement, il pourrait empêcher qu'il ne fût fait. Il ajoute cependant que le curateur défaillant pourrait être tenu des dommages-intérêts provenant de l'infidélité de l'inventaire, occasionée par son absence, comme ayant manqué à son devoir.

Les auteurs des Pandectes françaises sont d'un avis contraire. Ils pensent que si on passait outre à l'inventaire, sans la présence du tuteur à la substitution, quoiqu'il eût été régulièrement cité, il y aurait nullité de l'inventaire.

Je pense que l'opinion de Furgole mérite la préférence.

Les auteurs des Pandectes disent que ce serait le cas de

faire assigner le tuteur devant le juge, pour voir dire qu'il serait tenu de se trouver au lieu indiqué pour l'inventaire; faute de quoi, il serait procédé à la nomination d'un autre tuteur.

Mais on sent aisément l'inconvénient de cette mesure. Le premier tuteur, et successivement ceux qui seraient nommés, auraient un moyen trop facile de rendre leur nomination vaine. Et les parties intéressées doivent-elles être assujéties à tant d'entraves et de frais?

Les mêmes auteurs se fondent sur ce que l'article 1059 exige absolument la présence du tuteur; qu'il ne dit pas que l'inventaire sera fait en sa présence, *ou lui dûment appelé*, ce que la loi ne manque pas de faire à l'égard de toutes les parties dont la présence n'est pas indispensablement nécessaire.

Mais outre que ce raisonnement n'est pas concluant en lui-même, c'est qu'il est dit dans l'article 1061, que, dans le cas qui est prévu, l'inventaire sera fait *en y appelant* le grevé ou son tuteur, *et le tuteur nommé pour l'exécution*. Ici le législateur n'indique pas la présence comme absolument nécessaire. Il en est du tuteur nommé pour l'exécution, comme du grevé ou de son tuteur. Ce qui porte encore à croire que le défaut de comparution ne donne pas lieu à la nullité de l'inventaire auquel on passe outre, et que le tuteur est seulement garant des suites de son absence, c'est la disposition de l'art. 1075, qui établit seulement une responsabilité personnelle contre le tuteur nommé pour l'exécution, toutes les fois qu'il n'a point fait toutes les diligences nécessaires pour que la charge de restitution soit bien et fidèlement acquittée; et l'opération tendante à constater les biens, qui est l'inventaire, est une de celles qui sont rappelées dans cet article.

De la vente des meubles et effets. — Sa forme. — Ce qu'on doit entendre par effets.

388. A l'égard de la seconde précaution établie par la loi pour l'exécution de la disposition, elle consiste dans la vente des meubles et effets compris dans la disposition. La loi en

excepte les objets pour lesquels il y aurait la condition expresse de les conserver en nature, et elle veut que dans ce cas ils soient rendus dans l'état où ils se trouveront lors de la restitution. Elle excepte encore les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres, qui seront censés compris dans les donations entre vifs ou testamentaires de ces terres; et dans ce cas le grevé sera seulement tenu de les faire priser et estimer pour en rendre une égale valeur lors de la restitution. Articles 1062, 1063, 1064.

L'article 1062 ne trace point de formes particulières sur la vente; il y est dit seulement qu'elle se fera *par affiches et enchères*. L'article 8, titre 2 de l'ordonnance de 1647, s'expliquait de même. Il résulte de ce que disait Furgole sur cet article, qu'il suffisait qu'il fût établi par des exploits d'apposition d'affiches, aux lieux accoutumés, que la vente eût dû être connue. On peut encore porter le même jugement. Mais par rapport à des objets précieux, tels que des diamans et autres bijoux, dont la vente pourrait ne pas être faite à un prix convenable, sans des précautions extraordinaires, le grevé et le tuteur à l'exécution doivent les faire régler par le tribunal.

On doit remarquer encore, que la vente doit être faite du seul mouvement du grevé, sans qu'il soit nécessaire de l'autorité de la justice. Tel est le vœu de la loi, à laquelle on ne doit point ajouter. Furgole en faisait aussi l'observation. Mais quoique l'art. 1062 ne dise pas que le tuteur nommé à l'exécution sera présent à la vente, ou qu'au moins il y sera appelé, il est aisé de sentir que cette formalité doit avoir lieu, comme pour tous les autres actes conservatoires, pour lesquels la loi l'exige; et il est bien entendu que la présence volontaire du tuteur nommé à l'exécution, peut dispenser de l'assignation par exploit.

L'article 1062 prescrit la vente de tous les *meubles et effets* compris dans la disposition. Mais par ces mots, *et effets*, on ne doit entendre que les objets qu'on peut comparer aux meubles meublans, et qui sortent nature de mobilier, tels que les linges, etc., ou les diamans et bijoux. On ne doit pas comprendre dans ces expressions les droits actifs mobi-

liers et incorporels, tels que ceux qui résultent de billets, obligations, contrats de rente, etc. Ces objets étant inventoriés doivent demeurer au pouvoir du grevé, sauf l'emploi lors des remboursements. L'obligation de vendre les meubles et effets mobiliers, imposée au grevé, ne regarde que les choses corporelles qui n'ont pas une valeur invariable, et qui peuvent être sujettes à augmentation ou diminution de prix, soit par l'usage qu'on en fait, ou autrement, ainsi que l'observe Furgole sur l'article 8, titre 2 de l'ordonnance de 1747. On peut dire encore que cela résulte de l'article 1066 du Code, qui suppose, de la part du grevé, le recouvrement des effets actifs.

De l'emploi des deniers : comment il doit être fait. — Du cas où le grevé aurait à réclamer une quotité de la succession de l'auteur de la disposition.

389. La troisième précaution tendant à la conservation des objets substitués, consiste dans l'emploi qui doit être fait par le grevé, aux termes de l'article 1065.

Il y est dit qu'il sera fait par le grevé, dans le délai de six mois, à compter du jour de la clôture de l'inventaire, un emploi des deniers comptans (c'est-à-dire, de ceux qui se trouvent à l'ouverture de la succession du disposant), de ceux provenant du prix des meubles et effets qui auront été vendus, et de ce qui aura été reçu des effets actifs; et que ce délai pourra être prolongé, s'il y a lieu.

Suivant l'article 1066, le grevé sera pareillement tenu de faire emploi des deniers provenant des effets actifs qui seront recouvrés, et des remboursements de rentes, et ce, dans trois mois au plus tard après qu'il aura reçu ces deniers.

L'article 1067 veut que cet emploi soit fait conformément à ce qui aura été ordonné par l'auteur de la disposition, s'il a désigné la nature des effets dans lesquels l'emploi doit être fait; que sinon, il ne pourra l'être qu'en immeubles, ou avec privilège sur des immeubles.

Enfin, aux termes de l'article 1068, l'emploi doit être

fait en présence et à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution.

Il peut y avoir des circonstances dans lesquelles ce ne serait point le cas de la vente des meubles, autres que celles énoncées dans les art. 1063 et 1064 du Code, et où, par conséquent, il n'y aurait point lieu à l'emploi de la part du grevé. Cela arriverait si, à raison d'un droit de réserve, ou d'après la disposition, le grevé avait à réclamer une quotité de la succession de l'auteur de la disposition. Alors le grevé pourrait demander que les meubles et effets, après avoir été inventoriés et estimés, fissent partie de ce qui devrait lui revenir. Tel était le vœu de l'article 9, titre 2 de l'ordonnance de 1747, qui laissait néanmoins ce cas à la prudence des juges.

On sent, par la même raison, qu'il pourrait y avoir lieu à un partage préalable entre le grevé et celui qui serait nommé à l'exécution, et dans ce cas, il ne devrait être vendu, et il ne devrait être fait emploi que des objets qui reviendraient à la substitution.

La loi assigne d'une manière limitative la nature de l'emploi. Il doit être fait *en immeubles, ou avec privilège sur des immeubles*, et non autrement, à moins qu'il n'y eût une désignation précise d'emploi de la part de l'auteur de la disposition.

Observations relatives à la transcription et à l'inscription ordonnées. — Les débiteurs de créances comprises dans la substitution, et inscrites au nom de la substitution sur leurs immeubles, peuvent-ils s'acquitter envers le grevé, sans faire appeler le tuteur?

390. Enfin, en ce qui concerne la quatrième précaution que j'ai déjà annoncée, qui consiste dans la transcription et l'inscription prescrites par l'art. 1069, qui en charge, soit le grevé, soit le tuteur nommé, d'après ce que j'ai déjà eu occasion d'en dire, je puis me borner à trois observations.

1°. Lorsque l'emploi se fait en immeubles, il doit être fait pour la substitution, toujours dans le sens que le grevé en ait la propriété, mais une propriété résoluble, s'il y a

lieu à l'ouverture de la substitution. L'acte constitutif de l'acquisition en emploi, doit être transcrit sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation des immeubles. Cela résulte de la disposition de l'art. 1069. Ces immeubles acquis en emploi, doivent être considérés de la même manière que ceux qui appartenaient au substituant, lors de la disposition. Il sera prudent de faire transcrire au même bureau l'acte contenant la substitution, à moins qu'il n'y eût déjà été transcrit. Tel était le vœu de l'article 23, titre 2 de l'ordonnance de 1747, relativement à la publication et à l'enregistrement.

2°. Lorsque l'emploi se fait en créances privilégiées sur des immeubles, il devra y avoir, aux termes de l'article 1069, une inscription motivée sur les immeubles affectés au paiement de ces créances, contre les propriétaires des immeubles, pour la conservation des mêmes créances, à l'égard de la substitution.

3°. Il peut s'élever la question de savoir si les débiteurs des créances comprises dans la substitution, et pour lesquelles il y aurait une inscription au nom de la substitution sur les immeubles, peuvent s'acquitter avec sûreté envers le grevé, sans faire appeler le tuteur nommé à l'exécution.

Si la loi avait dit, d'une manière précise, qu'indépendamment des inscriptions déjà prises, l'auteur de la substitution, le grevé ou le tuteur à la substitution, en prendraient de nouvelles au nom de la substitution, on pourrait dire que le but de cette mesure aurait été de donner à la substitution une publicité dans le sens que les débiteurs ne pourraient se libérer envers le grevé sans appeler le tuteur à la substitution, afin d'assurer l'emploi des deniers.

Mais cela ne résulte pas précisément de l'article 1069. Son vœu est que la substitution soit rendue publique, savoir, quant aux immeubles, par la transcription, etc., *et quant aux sommes colloquées avec privilège sur des immeubles, par l'inscription sur les biens affectés au privilège.* Ces derniers mots semblent être en corrélation avec ceux de l'article 1067, relatif à l'emploi, où il est dit que cet emploi ne pourra être fait qu'en immeubles, *ou avec privilège sur des*

immeubles. On peut ne pas voir là l'idée d'une inscription nouvelle pour des créances dues avec *hypothèque*, et comprises dans la substitution. Il faut faire attention que le privilège énoncé dans l'article 1067, auquel il semble que se rapporte l'article 1069, se forme toujours par le concours du grevé et du tuteur à la substitution, et que dès lors celui-ci doit, dans le moment même, veiller à la conservation de ce privilège.

Mais enfin, supposons que pour les créances simplement hypothécaires, il y eût de nouvelles inscriptions prises par le tuteur à la substitution, un débiteur peut ignorer celle qui le concerne; il pourrait ne la connaître que s'il était dans le cas de contracter avec un tiers, en vendant ou en empruntant.

Suivant l'ordonnance de 1747, art. 19, titre 2, les substitutions devaient être publiées et enregistrées non-seulement au tribunal du lieu de la situation des immeubles substitués, mais encore à celui du tribunal du domicile de l'auteur de la substitution. Cependant, d'après l'art. 15 du même titre, les débiteurs qui se libéraient envers le grevé, n'étaient dans le cas d'aucunes recherches de la part des appelés. Cet article, en établissant une responsabilité contre le grevé de substitution, qui touchait des capitaux, et qui négligeait de faire l'emploi, ajoutait, « sans néanmoins que » les débiteurs des rentes qui auront été remboursées, puis- » sent être responsables du défaut d'emploi, lorsqu'il n'y » aura point eu d'opposition entre leurs mains. »

Il est vrai qu'on peut remarquer à ce sujet que dans la législation ancienne, l'on ne connaissait pas la forme de l'inscription. Néanmoins il est difficile de se persuader que l'inscription nouvellement prise au nom de la substitution doive, comme l'opposition prescrite par l'ordonnance de 1747, avoir l'effet de rendre le débiteur garant d'une libération qu'il aura faite au préjudice d'une inscription qu'il pourra souvent ignorer. On ne peut supposer une telle garantie; qu'autant que la loi l'établit clairement. Elle garde le silence à ce sujet, et nulle part elle n'associe les débiteurs à l'emploi. Le grevé seul est chargé de le provoquer, et il

doit être fait par lui et par le tuteur nommé à l'exécution. La loi ne prescrivant aux débiteurs aucune précaution sur leur libération, elle ne peut être arrêtée que par une opposition à la substitution de la part du tuteur, qui, d'après l'inventaire, doit connaître les créances, si la bonne foi ou la solvabilité du grevé lui sont suspectes.

Les appelés n'ont point d'hypothèque légale ou tacite sur les biens du grevé, pour défaut d'emploi, ou à raison des aliénations et dégradations. — Mesures à prendre dès lors par le tuteur. — Les appelés n'ont point non plus d'hypothèque contre le tuteur.

391. D'après les articles 15 et 17, titre 2 de l'ordonnance de 1747, les appelés avaient sur les biens libres du grevé une hypothèque tacite ou légale, à compter du jour qu'il avait recueilli les biens substitués, pour les dommages-intérêts résultans du défaut d'emploi dans le cas où il était prescrit, ainsi qu'à raison des aliénations que le grevé aurait faites des biens substitués, ou des dégradations qu'il y aurait commises. Cette hypothèque avait lieu par préférence à qui que ce fût, même quoique la substitution n'eût point été publiée et enregistrée.

Il ne saurait être question de cette hypothèque dans notre législation. Elle ne reconnaît d'autres hypothèques légales, non sujettes à l'inscription, qu'en faveur des femmes à l'égard de leurs maris, et des pupilles et interdits respectivement à leurs tuteurs.

C'est donc une raison de plus pour que le tuteur à la substitution exerce la plus grande surveillance sur l'emploi qui doit être fait des deniers comptans ou de ceux recouvrés. Il peut obtenir contre le grevé des jugemens qui le condamnent à la restitution de ce qui aurait été touché, pour en faire l'emploi. Il peut faire des inscriptions hypothécaires en vertu de ces jugemens, sur les biens libres. Les mêmes mesures peuvent être prises dans le cas d'aliénations qui auraient été faites de partie des biens substitués avant la transcription, ou de dégradations, qui y auraient été commises. Je dis quant aux aliénations *avant la transcription*, parce que celles qui sont

postérieures étant révocables en cas d'ouverture du fidéi-commis, les appelés pourront réclamer la chose, et il n'y aurait de poursuites qui pussent être autorisées, que par rapport aux dégradations. Il pourra être pris des inscriptions sur les biens libres du grevé, en vertu des jugemens dont je viens de parler, quoique l'hypothèque ait seulement lieu conditionnellement, c'est-à-dire, en cas d'ouverture du fidéi-commis, parce que l'inscription hypothécaire peut être prise pour les créances hypothécaires conditionnelles, comme pour les autres.

Il est aussi bien entendu que, selon les circonstances, en cas de négligence de faire les emplois, et de dissipations et abus, le grevé peut être forcé, envers les appelés, à la restitution anticipée des objets substitués.

Par la même raison que les appelés n'ont point d'hypothèque légale ou tacite sur les biens du grevé, ils n'en ont point non plus sur les biens du tuteur nommé à l'exécution, en cas que la responsabilité établie contre ce tuteur, par l'article 1073, à raison de négligence dans l'exercice de ses fonctions, dût être exercée. Notre législation concernant le régime hypothécaire, n'admet point d'hypothèque légale contre cette espèce de tuteur. [Voyez notre Traité des hypothèques, tome 1^{er}, p. 608, n° 276.]

Des aliénations d'immeubles que les appelés pourraient ne pas faire révoquer. — Formes de l'aliénation pour de justes causes.

392. Il reste à donner quelques idées sur un cas dont le Code civil ne parle pas, et sur lequel l'ordonnance de 1747 ne s'était pas non plus expliquée, parce que le législateur ne doit pas descendre dans les détails.

Il peut y avoir des aliénations d'immeubles faites par le grevé, que les appelés pourraient ne pas faire révoquer.

Si le grevé avait droit personnellement à une partie de la succession de l'auteur de la disposition avec charge de rendre, cette charge ne porterait point sur la partie qui reviendrait au grevé. Ainsi, en supposant même qu'il n'y eût point eu un partage préalable, il serait dans des idées de

justice d'imputer, autant que cela serait possible, les aliénations sur la portion appartenante au grevé; et en cas de concours de plusieurs acquéreurs, les premiers devraient toujours être préférés. Furgole, sur l'article 9, titre 2 de l'ordonnance de 1747, explique les règles d'une jurisprudence conforme à ces idées, et qui paraissent incontestables.

Il y a plus; les aliénations faites par le grevé de partie des biens substitués, pour de justes causes, comme pour le paiement des dettes, et afin d'éviter une expropriation judiciaire, ne peuvent également être attaquées par les appelés. C'est ce que dit encore Furgole, sur l'art. 17 du même titre de la même ordonnance.

Il est vrai que cet auteur semblait dire, dans cette partie de son ouvrage, que les aliénations devaient avoir leur effet; même quoique le grevé n'eût observé aucunes formalités. Mais l'auteur se ravise à ce sujet sur l'article 31 de la même ordonnance. Il a senti la nécessité des formalités, afin qu'il fût certain qu'il n'y a eu ni fraude ni collusion. On comprend en effet que dès que, comme on l'a déjà vu, la loi demande qu'il y ait des affiches et enchères pour la vente des meubles et effets, lorsqu'il y a lieu, ces formalités deviennent, à plus forte raison, nécessaires lorsqu'il s'agit d'immeubles. Furgole dit avec fondement que ce serait le cas de les observer, même quand il y aurait eu permission de les vendre de la part de l'auteur de la disposition, à moins toutefois qu'il n'y eût eu une dispense expresse de formalités.

Relativement à ces formes, il est difficile d'appliquer à cette matière celles qui sont prescrites par le Code de procédure civile, relatives à la vente des biens de la part d'un héritier bénéficiaire, ou d'un curateur à une succession vacante, ou à la vente des biens des mineurs. La différence des cas et des personnes écarte l'application de ces règles; mais il suffit qu'il y ait des formes indiquées par le tribunal, le tuteur à la substitution ayant été appelé, qui aient pour résultat que la vente soit faite publiquement et sans fraude. Une estimation préalable, ordonnée par jugement et faite par experts nommés en justice, et la vente faite

sur enchères en l'étude d'un notaire, après des affiches apposées aux lieux accoutumés, et dont l'apposition soit établie, paraissent présenter toutes les sûretés possibles.

REMARQUES SUR LE CHAPITRE PRÉCÉDENT.

Afin de ne pas scinder une matière aussi importante que celle des substitutions, nous aurions pu ne faire, à la suite des observations préliminaires (1^{er} volume, page 179), qu'un seul corps de doctrine des substitutions prohibées par les art. 896 et suivans du Code français, et de celles qui sont autorisées par les art. 1048 et suiv. du même Code; mais nous avons cru devoir établir les deux dispositions en deux conférences particulières, et ce, dans l'ordre adopté par M. Grenier. En conséquence nous n'avons donné à la suite des observations préliminaires, que la conférence des articles relatifs aux substitutions abolies, et nous avons placé à côté la législation intermédiaire avec la jurisprudence, afin de mieux faire ressortir les changemens que la législation a éprouvés à cet égard. Ici nous allons donner le texte du Code des Pays-Bas, qui a pour objet les substitutions fidéi-commissaires permises, et le conférer avec les articles du Code français qui contient les dispositions permises en faveur des petits enfans du donateur ou testateur, ou des enfans de ses frères et sœurs.

Cette matière correspond à une loi du 28 février 1825, qui fait partie du titre 12^e du second livre du Code des Pays-Bas, en voici le texte :

SECTION SEPTIÈME.

Des Substitutions fidéi-commissaires permises.

LXXXVII. Les biens dont les pères et mères ont le droit de disposer, pourront être par eux donnés par testament, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfans, avec la charge de rendre ces biens aux enfans nés et à naître des institués ou légataires grevés.

En cas de prédécès d'un enfant, la même disposition pourra être faite au profit d'un ou de plusieurs petits-fils, avec charge de rendre les biens à leurs enfans nés et à naître.

LXXXVIII. Sera valable, en cas de mort sans enfans, la disposition testamentaire que le défunt aura faite au profit d'un ou de plusieurs de ses frères et sœurs, de tout ou partie des biens qui ne sont point réservés par la loi dans sa succession, avec la charge de rendre ces biens aux enfans nés et à naître desdits frères et sœurs.

En cas de prédécès de frère ou sœur, la même disposition pourra être faite au profit d'un ou de plusieurs de leurs enfans, avec charge de rendre les biens aux enfans nés et à naître de ces derniers.

LXXXIX. Si, dans les cas ci-dessus, le grevé de restitution au profit de ses enfans meurt, laissant des enfans au premier degré et des descendans d'un enfant prédécédé, ces derniers recueilliront, par représentation, la portion de l'enfant prédécédé.

La même chose aura lieu, si, tous les enfans au premier degré étant prédécédés, le grevé ne laisse que des petits-fils.

XC. Les dispositions permises par les art. 87 et 88 précédens ne seront valables qu'autant que la substitution sera faite pour un seul degré, et que la charge de restitution sera au profit de tous les enfans nés et à naître du grevé, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe.

XCI. Les droits des appelés par substitution fidéi-commissaire seront ouverts à l'époque où la jouissance des grevés cessera.

L'abandon volontaire de la jouissance au profit des substitués, ne pourra préjudicier aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon, ni aux enfans qui naîtraient après l'abandon.

XCII. Celui qui fera les dispositions autorisées par les articles précédens, pourra, par testament ou par un acte postérieur, devant notaire, nommer un curateur chargé de surveiller l'exécution de ses dispositions.

XCIII. A défaut de cette nomination, ou si le curateur nommé n'accepte pas, il en sera nommé un par le tribunal d'arrondissement, à la diligence du grevé, ou de son tuteur, ou curateur, s'il est mineur ou interdit, dans la délai d'un mois, à compter du jour du décès du testateur, ou du jour qu, depuis la mort, l'acte contenant la disposition aura été connu.

XCIV. Le grevé qui n'aura pas satisfait à l'article précédent, sera déchu du bénéfice de la disposition; et dans ce cas, le droit pourra être déclaré ouvert au profit des substitués, à la diligence soit des substitués, s'ils sont majeurs, soit de leurs tuteurs ou curateurs, s'ils sont mineurs ou interdits, ou même d'office à la diligence du ministère public; sans préjudice aux droits des créanciers antérieurs du grevé, s'il y a fraude, et sauf les droits des enfans qui naîtraient après la déchéance.

XCV. Tout notaire qui, à raison de ses fonctions, aura connaissance d'une disposition mentionnée aux articles précédens, sera tenu, après la mort du testateur, d'en informer sans délai le ministère public, sous peine de dommages-intérêts.

XCVI. Dans le mois après le décès de celui qui aura disposé à la charge de restitution, il sera procédé, à la requête du grevé, à l'inventaire de tous les biens qui composeront la succession.

S'il ne s'agit que d'un legs, il sera fait un état détaillé des objets qui y sont compris.

L'inventaire ou l'état contiendra la prise des biens meubles.

XCVII. L'inventaire ou l'état sera fait en présence du curateur au fidéi-commis, ou lui-même appelé. Il pourra être fait sous signature privée, si le curateur est présent, et dans ce cas, il devra être déposé au greffe du juge de canton. Les frais seront pris sur les biens compris dans la disposition fidéi-commissaire.

XCVIII. Si l'inventaire n'a pas été fait à la diligence du grevé dans la délai prescrit ci-dessus, il y sera procédé, dans la mois suivant, à la diligence du curateur au fidéi-commis.

XCIX. S'il n'a point été satisfait aux deux articles précédens, il sera procédé au même inventaire, à la diligence du ministère public, soit d'office, soit sur la provocation des substitués s'ils sont majeurs, soit de leurs tuteurs ou curateurs s'ils sont mineurs ou interdits.

C. Le grevé de restitution sera tenu de faire vendre publiquement et suivant l'usage du lieu, en présence du curateur au fidéi-commis, ou loi dûment appelé, tous les biens meubles compris dans la disposition, à l'exception, néanmoins, des reutes et créances, et des objets dont il est fait mention dans les deux articles suivans.

CI. Les meubles compris dans la disposition, sous la condition expresse de les conserver en nature, seront rendus dans l'état où ils se trouveront lors de la restitution.

CII. Les animaux et ustensiles servant à faire valoir les terres, seront censés compris dans la disposition de ces terres; et le grevé sera seulement tenu de les faire estimer, pour en rendre la valeur lors de la restitution.

CIII. Il sera fait par le grevé, dans le délai de six mois à compter du jour de la clôture de l'inventaire, emploi des deniers comptans, du produit des biens meubles vendus, et de tous autres capitaux reçus jusqu'à cette époque.

CIV. Il sera ultérieurement tenu d'employer tous les capitaux, dans les six mois après qu'il les aura reçus.

CV. Cet emploi sera fait conformément à ce qui aura été ordonné par le testateur, s'il a désigné la nature de l'emploi à faire; sinon, il ne pourra l'être qu'en immeubles, en créances hypothéquées, ou en inscriptions sur le grand livre de la dette nationale.

CVI. Le curateur au fidéi-commis veillera à ce que l'emploi soit fait dans le délai prescrit.

CVII. Le grevé doit jouir des biens en bon père de famille, et faire toutes les réparations d'entretien; il est censé avoir reçu ces biens en bon état, s'il n'a pas fait constater le contraire à son entrée en jouissance.

CVIII. Il est également tenu de faire les grosses réparations, sous peine de répondre des détériorations qu'il aurait occasionées par sa négligence; mais il peut se faire autoriser par le tribunal de l'arrondissement où la succession a été ouverte, et contradictoirement avec le curateur au fidéi-commis, à faire un emprunt qui sera à charge des substitués si leur droit vient à s'ouvrir.

Si le grevé fait l'avance de ces réparations, il en est dû récompense à lui ou à ses ayant-cause, lors de la cessation de la jouissance.

CIX. Les immeubles, ainsi que les rentes et créances, compris dans le fidéi-commis, ne pourront être aliénées qu'à la demande du grevé, et pour cause d'avantage évident ou de nécessité absolue.

L'aliénation ne pourra avoir lieu que sur l'autorisation du tribunal de l'arrondissement, qui ne statuera qu'après avoir entendu le substitué et le curateur au fidéi-commis.

La vente aura lieu publiquement et aux enchères, reçues par un officier public et d'après les usages du lieu.

CX. Il doit être tenu compte au grevé des améliorations qu'il aurait faites aux biens, à concurrence de ce qu'ils se trouveront être d'un grand prix à l'ouverture de la substitution.

CXI. Le grevé ne peut exiger aucune indemnité pour les dépenses purement voluptuaires faites aux biens; il peut seulement enlever, à ses frais, les glaces, tableaux et autres ornemens qu'il aurait fait placer, à la charge de rétablir les choses dans leur premier état.

CXII. A la fin de sa jouissance, il a droit à la restitution des frais de procès et autres charges, qu'il a été obligé de supporter pour la conservation de la propriété des biens substitués.

CXIII. Les substitutions fidéi-commissaires permises par la présente section ne pourront être opposées, même par des mineurs à des tiers, à moins d'avoir été rendues publiques, savoir : quant aux immeubles, par la transcription sur les registres à ce destinés; et quant aux créances hypothécaires, par l'inscription sur les biens affectés, ou par une mention faite en marge de l'inscription existante.

CXIV. Les héritiers, légitimes, ou institués, de celui qui aura fait la disposition fidéi-commissaire, ne pourront, en aucun cas, opposer aux substitués le défaut de transcription, d'inscription, ou de mention, prescrites par l'article précédent.

CXV. Le grevé qui n'aura pas requis la transcription, l'inscription ou la mention prescrites par l'article précédent, dans le mois, à dater de la mort du testateur, sera déchû du bénéfice de la disposition, et le substitué entre aussitôt dans la jouissance de son droit; sauf les droits des créanciers antérieurs du grevé s'il y a fraude, et sans préjudice aux droits des enfans qui naîtraient après la déchéance.

CXVI. Le curateur au fidéi-commis sera personnellement responsable s'il n'a pas rempli les devoirs qui lui sont imposés par la présente section, et en général s'il n'a pas fait toutes les diligences nécessaires pour que la charge de restitution soit bien et fidèlement acquittée.

CXVII. Si le grevé est mineur ou interdit, il ne pourra, dans aucun cas, être restitué contre l'inexécution des règles qui lui sont prescrites par la présente section.

CXVIII. Indépendamment du curateur au fidéi-commis, le testateur pourra nommer une ou plusieurs personnes pour administrer, au nom et au profit du grevé, les biens compris dans la disposition, jusqu'à ce que le droit des substitués soit ouvert.

CXIX. Ces administrateurs seront tenus solidairement de remplir tous les devoirs imposés ci-dessus au grevé.

Leur négligence ou mauvaise gestion aura les mêmes suites que si le grevé avait géré lui-même, sauf leur responsabilité, tant envers le grevé qu'envers tous autres intéressés.

CXX. Les dispositions des articles 34, 35, 1^{er} et 2^e alinéa, 36 et 37 du Titre de l'*Usufruit*, sont applicables aux administrateurs nommés en vertu des deux articles précédens.

CONFÉRENCE.

TIT. 12^e, 2^e LIV. DU CODE DES PAYS-BAS. CODE FRANÇAIS.

ART. 87.	1048.
88.	1049.
89.	1051.

90.		1050.
91.		1053.
92.		1055.
93.		1056.
94.		1057.
95.		
96.		1058.
97.		1059.
98.		1060.
99.		1061.
100.		1062.
101.		1063.
102.		1064.
103.		1065.
104.		1066.
105.		1067.
106.		1068.
107.		
108.		
109.		
110.		
111.		
112.		
113.		1069.
114.		1072.
115.		
116.		1073.
117.		1074.
118.		
119.		
120.		

Quant à la jurisprudence, voyez le 1^{er} volume, page 185.

CHAPITRE II.

DES PARTAGES FAITS PAR LES ASCENDANS ENTRE LEURS DESCENDANS.

Le partage est permis aux seuls ascendans, respectivement à leurs enfans. — Il n'est point de sa nature une libéralité.

393. J'ai donné une idée dans le Discours historique, section 6, page 89, de l'ancienne législation, relativement aux partages faits par les ascendans entre leurs descendans. La législation actuelle a adopté des principes absolument particuliers, qu'il est essentiel de saisir pour en bien démêler les conséquences.

Il est dit, dans l'article 1075, que « les père et mère et » autres ascendans pourront faire, entre leurs enfans et descendans, la distribution et partage de leurs biens. »

On doit d'abord conclure de ces expressions, que le partage est accordé aux seuls ascendans, respectivement à leurs enfans, et qu'il n'a point lieu relativement à des héritiers collatéraux.

Il résulte encore, ce qui est bien important, que ce partage n'est point de sa nature une libéralité. La faculté accordée par la loi, a pour but *la distribution et le partage des biens*. Son objet a été de faciliter des arrangemens de famille, qui prévinsent des contestations, et qui pussent maintenir la paix.

Un auteur judicieux a dit que ce mode de disposition était le seul duquel il pût résulter un avantage en faveur d'un des enfans, quoiqu'il n'y eût point dispense du rapport, contre la règle ordinaire d'après laquelle l'avantage, pour avoir son effet, doit être expressément dispensé du rapport. Cela arrive lorsqu'il y a dans le partage une lésion dont un des enfans profiterait, pourvu qu'elle ne soit pas au delà du quart.

Ce résultat est vrai en lui-même, mais il faut remonter

au principe qui le produit. Le bénéfice de la lésion au dessous du quart ne doit pas être regardé, dans l'intention de la loi, comme une libéralité. Il a été dans la nature de tout partage quelconque, de ne pouvoir être attaqué sous le prétexte d'une lésion qui n'excéderait pas un certain taux. Cette latitude est accordée à l'arbitraire que comporte nécessairement toute estimation. Cette lésion peut être une erreur, mais qui devient sans conséquence, et on ne doit pas plus y voir une libéralité, et par conséquent une dérogation aux principes généraux des rapports, qu'on doit voir un avantage voulu par la loi, dans le partage fait par des experts entre les co-héritiers qui viennent à une succession, quoiqu'on pût dire qu'il y eût une certaine inégalité, mais qui n'allât pas jusqu'à un taux au delà duquel on ne suppose plus l'erreur. Dès que la loi accordait aux ascendans la faculté de faire le partage de leurs biens, il devait en être de ce partage comme de celui que feraient des experts. Ainsi il faut s'en tenir au principe des partages dont l'égalité est l'âme ; et il serait quelquefois dangereux d'appliquer à ce mode d'émission de volonté de la part des ascendans, les principes relatifs aux libéralités.

Ce qui me semble prouver la vérité de cette observation, c'est la disposition de l'art. 1079 du Code, où il est dit que le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué *pour cause de lésion de plus du quart*. Voilà le principe des partages. Cela est bien différent de ce qui avait lieu pour les partages que les ascendans pouvaient faire de leurs biens entre leurs descendans, dans le droit romain et dans certaines Coutumes. Le partage, quelque'inégal qu'il fût, devait être exécuté, pourvu que chacun des enfans eût la légitime de rigueur, dans la portion qui lui était déférée. Telle était la disposition de la Coutume de Bourbonnais, art. 216 ; et Furgole, *des Testam.*, chap. 8, section 1^{re}, nos 149, 150 et 163, enseignait que cela devait être ainsi dans les principes du droit romain. C'est vraiment alors qu'on pouvait dire que le partage pouvait devenir un mode d'avantager certains enfans au préjudice des autres, et qu'il participait à la nature des libéralités.

De la garantie des lots entre les descendans.

394. Une conséquence très-importante du principe que j'ai cru devoir d'abord poser, est que, suivant la législation actuelle, dans le partage fait par les ascendans, la garantie des lots entre les descendans doit avoir lieu, comme dans tous les partages en général : au lieu que dans certaines Coutumes où l'on considérait le partage comme un moyen d'établir des avantages entre enfans, en cas d'éviction d'une partie des objets qui composaient le lot d'un des enfans, celui-ci était, à la différence des autres partages, sans garantie et sans action contre les co-partagés, tant que, distraction faite de l'objet évincé, il lui restait assez de biens pour la formation de la légitime. C'est ce qu'apprennent Auroux des Pommiers, et les anciens annotateurs qu'il cite, sur le même article 216 de la Coutume de Bourbonnais, n^o 56 et 57. Je pourrais puiser ailleurs de pareils exemples. Mais je m'en tiens à une Coutume qui est une de celles qui se sont le mieux expliquées sur les partages dont il s'agit, où ces partages étaient le plus favorisés, et qui est presque toujours citée par les auteurs sur cette matière, et notamment par Furgole, n^o 165 et 166, qui, après une dissertation, s'en réfère à l'avis d'Auroux des Pommiers, qui ne doit plus être suivi.

Des formes du partage. — Il doit être fait avec les conditions et règles prescrites pour les donations et les testamens. — Conséquences de ce principe.

395. Cependant il a été dans l'ordre d'appliquer au partage fait par les ascendans entre leurs descendans, non-seulement les formes du testament, mais encore celles de la donation entre vifs. Une pareille disposition est faite ordinairement avec le désir de demeurer toujours maître de disposer à son gré de ses biens, et de ne donner l'exécution au partage qu'à l'instant de la mort : mais rien n'empêche qu'elle ne puisse être faite avec l'intention de se lier et de se dessaisir, de la part de l'auteur de la disposition, sous la réserve de l'usufruit, ou d'une pension, ou sous toute au-

tre condition. Il était sage d'aller au devant du vœu d'un père de famille, qui se voyant dans l'impossibilité de continuer une administration, était jaloux, en la reversant sur ses enfans, de voir lui-même commencer l'union et la paix qui devaient continuer après sa mort.

Ainsi, dans les principes de l'ancienne jurisprudence, les partages n'étaient irrévocables que lorsqu'ils étaient faits par contrat de mariage, comme on peut le voir dans Auroux des Pommiers, *loco citato*, n° 27 ; dans Lebrun, *des Successions*, liv. 4, chap. 1^{re}, n° 12 et 13 : au lieu que, dans la législation actuelle, le partage devient un acte qui saisit les enfans, lorsqu'il est fait sous la forme de la donation entre vifs.

Il est dit, dans l'art. 1076 du Code civil, que les partages pourront être faits par actes entre vifs ou testamentaires, avec les formalités, *conditions et règles* prescrites pour les donations et testamens.

De ces expressions, *conditions et règles*, il se tire plusieurs conséquences.

La première est que le partage fait par acte entre vifs, ne peut avoir pour objet que les biens présens, et telle est même la disposition de la seconde partie de l'art. 1076. Cela devait être ainsi, dès que la loi assimile le partage entre vifs à la donation. On ne peut donner ce qu'on n'a pas. L'ascendant doit désigner d'une manière claire et précise, chacun des immeubles qu'il partage, ainsi que les objets mobiliers qu'il distribue à chaque co-partagé, soit qu'il s'en réserve l'usufruit ou une pension, soit qu'il se dessaisisse de la jouissance, afin de connaître quels sont les objets qui ont été compris dans le partage.

La seconde conséquence est que, pour la transmission par le partage, soit entre vifs, soit testamentaire, l'ascendant et les enfans ou descendans doivent avoir respectivement les qualités requises par la loi, pour que la même transmission ait lieu en matière de donation entre vifs ou de testament.

La troisième est que, lorsque le partage est fait entre vifs, les enfans ou descendans doivent l'accepter, ou il doit être

accepté pour eux, de la même manière et avec les mêmes formes que s'il s'agissait d'une donation entre vifs.

La quatrième est que, dans le même cas, il doit y avoir, relativement aux meubles et effets mobiliers, un état estimatif tel qu'il est prescrit par la loi, en matière de donation entre vifs.

Enfin, et toujours dans le cas du partage entre vifs, les enfans ou descendans co-partagés sont tenus des dettes qui ont une date certaine antérieure au partage, comme le seraient des donataires universels entre vifs de tous les biens présens.

A l'égard des dettes créées postérieurement au partage, ils n'en seraient tenus que dans le cas où ils se rendraient héritiers, en acceptant la succession de l'ascendant qui aurait fait le partage.

On sent aisément que s'il s'agissait d'un partage testamentaire, ils seraient tenus indistinctement de toutes dettes quelconques, s'ils acceptaient la succession, sans la précaution du bénéfice d'inventaire, en consentant à l'exécution du partage. L'existence d'un partage testamentaire et son exécution ne détruisent point la qualité d'héritier, et n'apportent aucun changement aux obligations que cette qualité impose.

Du cas où tous les biens que l'ascendant laisse à son décès, n'ont pas été compris dans le partage.

396. Il est dit dans l'article 1077, que si tous les biens que l'ascendant laissera au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris, seront partagés conformément à la loi.

Cet article s'applique au cas où un partage comprendrait tous les biens que le disposant avait alors, mais où il lui en serait survenu depuis, comme au cas où l'ascendant qui aurait fait le partage, n'y aurait pas compris tous les biens qu'il avait lors de ce partage, et sous quelque forme que le partage ait été fait, par acte entre vifs, ou par testament. On doutait anciennement, au moins dans le second cas, si le partage devait avoir son effet; on donnait pour raison que le partage

n'a d'autre faveur que la considération du repos des familles, laquelle cesse quand le tout n'est pas partagé, et que la distribution n'en est pas faite à chacun des enfans, afin qu'ils vivent en paix, et qu'ils n'aient rien à démêler les uns contre les autres dans une subdivision. C'est ce qu'on voit dans Aouroux des Pommiers, sur l'article 216 de la Coutume de Bourbonnais, n° 12. Il cite un arrêt de 1826, qui jugea en ce sens.

Mais il n'y a plus de distinction à faire à ce sujet; et dans tous les cas, le partage doit être exécuté, quoiqu'il ne porte pas sur tous les biens, sauf à partager le surplus. Cela résulte de ce que l'art. 1077 ne fait aucune différence. On sent que le partageant peut, lors du partage fait par acte entre vifs ou par testament, ignorer qu'il ait la propriété des biens dont il ne fait pas le partage, comme s'il s'agissait d'une succession qui lui fût échue sans qu'il le sût. D'ailleurs, de ce qu'on admettait, dans le cas où il était survenu de nouveaux biens au disposant, après l'acte de partage, ainsi que le dit le commentateur que je viens de citer, que le partage devait avoir son effet, sauf seulement la division des biens postérieurement acquis, il n'y aurait que de faibles raisons à opposer pour établir qu'il dût en être différemment dans l'autre cas que j'ai déjà supposé.

On comprend aisément que le disposant peut lui-même faire le partage des biens qui ne seraient pas compris dans celui qu'il aurait déjà fait, afin de prévenir les contestations qui pourraient s'élever après sa mort, relativement à un second partage.

Du cas où le partage n'a pas été fait entre tous les enfans existans à l'époque du décès du disposant.

397. Mais si un partage n'était pas fait entre tous les enfans qui existeraient à l'époque du décès, et les descendans des enfans prédécédés, le partage serait nul pour le tout; et il pourrait en être provoqué un nouveau dans la forme légale, soit par les enfans ou descendans qui n'y auraient reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage aurait été fait. Article 1078.

On ne conçoit en effet l'idée d'un partage qu'autant qu'il est fait entre tous ceux qui ont droit aux biens. Il pourra résulter de là que, même lorsque le partage sera fait sous la forme de la donation entre vifs, il ne serait pas toujours stable; la survenance d'enfans l'annulerait. Il ne serait définitif que lorsqu'il y aurait certitude que l'auteur du partage ne pourrait plus avoir d'enfans; mais pour remédier à cet inconvénient, on peut faire le partage sous la forme testamentaire quelque temps avant la mort.

Du cas où l'un des enfans co-partagés meurt avant le partageant. — Y a-t-il accroissement en faveur des autres? Distinction entre le partage fait sous la forme testamentaire, et celui fait par acte entre vifs.

398. Les auteurs des Pandectes françaises, sur l'art. 1078, lors même qu'ils s'expliquent sur le partage fait par acte entre vifs, supposent la mort d'un des enfans co-partagés, avant celle du partageant, et ils disent que la mort de cet enfant ne donnerait point atteinte au partage, et que sa part *accroîtrait aux autres proportionnellement*.

Il est sans difficulté que la mort d'un des enfans co-partagés ne serait point un obstacle à l'exécution du partage, à l'égard des autres.

Mais il n'en est pas de même de la seconde proposition concernant l'accroissement proportionnel aux autres enfans de la portion du prédécédé.

Il faut distinguer à cet égard le partage fait sous la forme testamentaire, de celui qui est fait par acte entre vifs.

Quant au partage fait par testament, la part de l'enfant décédé après le testament, et du vivant du partageant, accroît aux autres enfans. On ne conçoit pas même que cela puisse aller autrement. Les enfans restans sont saisis du tout comme héritiers; car le partage par testament ne détruit, ni la qualité d'héritier, ni la saisine attachée par la loi à ce titre. Aussi, lorsqu'Auroux des Pommiers, sur l'article 216 de la Coutume de Bourbonnais, n° 31, parle de cet accroissement, il ne faut pas perdre de vue qu'il a pour régulateur ce même article 216, où il est question d'un partage révo-

cable jusqu'à la mort, et qui par conséquent ne saisit point *actu*. Les enfans, dans le sens de cet art. 216, et ainsi que cela doit être actuellement dans le cas du partage fait par testament, étaient saisis comme héritiers *ab intestat*, de manière, ajoute-t-il, en citant Duret, ancien commentateur de cette Coutume, que la portion du prémourant sans enfans, accroit aux autres, *tanquam hæredes ab intestato, undè portio præmorientis sine liberis, aliis accrescit*.

Mais il n'en est pas de même dans le cas du partage fait par acte entre vifs : dans ce cas, il y a eu un dessaisissement de la part du partageant, de la portion assignée dans le partage à l'enfant prédécédé sans enfans. Cette portion ne peut plus se trouver dans la succession de l'ascendant qui a fait le partage : elle compose la succession même de l'enfant prédécédé, ou au moins elle en fait partie, parce qu'il peut laisser d'autres biens.

Cela étant, il semble que lorsqu'il s'agit de venir à la succession de l'enfant prédécédé, l'ascendant qui a fait le partage, peut, en vertu d'un retour légal, même à titre de succession, réclamer particulièrement les objets qu'il avait donnés par un partage entre vifs, aux termes de l'article 747 du Code civil. Cet article est ainsi conçu : « Les ascen-
» dans succèdent, à l'exclusion de tous autres, aux cho-
» ses par eux données à leurs enfans ou descendans décédés
» sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent
» en nature dans la succession : si les objets ont été aliénés,
» les ascendans recueillent le prix qui peut en être dû. Ils
» succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le
» donataire. »

On ne voit pas comment on pourrait empêcher l'ascendant partageant d'invoquer, dans ce cas, les dispositions de cet article 747 : on ne peut fonder un droit d'accroissement en faveur des autres enfans ou descendans, de la portion assignée dans le partage à l'enfant prédécédé sans postérité. Dans les principes du droit, l'accroissement n'a point lieu en donation entre vifs, entre les donataires, parce que, dès l'instant de la donation, chacun a été saisi de ce qui lui a été donné. L'accroissement a seulement lieu en testament,

et pour les legs faits à plusieurs conjointement, aux termes de l'article 1044 du Code civil, et ainsi que je l'ai expliqué, n° 350 (1).

Il faut remarquer au surplus les modifications, auxquelles l'art. 747 soumet le droit accordé aux ascendans, de reprendre dans la succession du donataire les choses par eux données. Comme ce droit n'est accordé qu'à titre de succession, d'après ce mot, *succèdent*, il ne peut être exercé qu'à la charge du paiement des dettes, *pro modo emolumentum*. En cas d'aliénation des objets donnés, ce droit se convertit en celui de demander le prix, ou d'exercer l'action en reprise qui appartenait au donataire. Enfin, le droit disparaît, si le donataire a disposé des objets, par donation entre vifs ou par testament.

Pour que l'ascendant qui a fait le partage entre vifs, pût réclamer les choses dont il se serait dessaisi par ce partage, malgré toutes ces circonstances, il faudrait qu'il y eût eu dans l'acte une clause de retour, aux termes de l'art. 951 du Code civil, et que l'ascendant se trouvât dans le cas du retour conventionnel, dont les effets ont bien plus d'énergie que ceux de la simple réversion légale, qui est l'objet de l'article 747.

Quelles causes peuvent donner lieu à la rescision du partage. — Le partage peut contenir un préciput en faveur d'un des enfans. — Le disposant peut-il donner aux uns leur portion en argent, et aux autres leur portion en immeubles?

399. Dans l'article 1079, le législateur, après avoir posé la règle que le partage fait par l'ascendant pourra être atta-

(1) On pourra remarquer dans ce chapitre, plusieurs passages exactement conformes à certains passages de l'article, *partage d'ascendant*, du Répertoire universel de M. Merlin. Mais il faut remarquer que je suis l'auteur de cet article, ainsi que M. Merlin a bien voulu lui-même le dire, dans une note au bas. Je le fis après mon ouvrage. J'y traitais quelques questions que j'avais omises : et j'ai cru pouvoir les rappeler dans cette seconde édition, sans prendre la peine inutile, et je pourrais dire puérile, de me traduire moi-même.

qué pour cause de lésion de plus du quart, ajoute qu'il pourra l'être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des co-partagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet.

Il résulte de cet article, que dans un acte de partage, fait, soit par acte entre vifs, soit par testament, l'auteur de la disposition peut faire un préciput en faveur d'un ou de plusieurs des enfans. C'est seulement en principe général, que la disposition dont il s'agit, doit être réglée comme les partages ordinaires, ainsi que je l'ai observé, c'est-à-dire, tant qu'il n'y a point d'intention, de la part de l'auteur de la disposition, de faire un avantage. S'il y a cette intention, rien n'empêche qu'elle ne soit suivie de la même manière que si l'avantage était fait dans une donation, ou dans un testament. Mais c'est seulement sous ce rapport que l'acte peut être considéré comme libéralité, et qu'on peut y appliquer les principes concernant les libéralités.

Ainsi, lorsque l'acte de partage contient un préciput, alors cet acte prenant le caractère de libéralité, il s'agit de savoir si l'avantage qu'il contient ne s'élève pas au dessus de la quotité disponible, et s'il ne blesse pas les réserves affectées par la loi aux enfans. Or, pour déterminer ce point, il faut considérer comme avantage, non-seulement ce qui est donné formellement en préciput, ou hors part, mais encore le bénéfice qu'aurait l'enfant auquel le préciput serait fait, si la portion qui formerait son lot, dans le partage, était supérieure en valeur aux autres portions, même quand de cet excédant de valeur, il résulterait seulement une lésion au dessous du quart. C'est le seul où on doit abandonner les principes relatifs à la rescision pour lésion en matière de partage. On ne suppose plus comme dans les partages ordinaires, que l'inégalité dans le partage soit l'effet de l'erreur, lors même que cette inégalité n'atteint pas le taux auquel la loi veut qu'il y ait lieu à la réforme du partage pour cause de lésion. La loi y voit un avantage comme dans le préciput; et l'un et l'autre doivent être comparés à la masse des biens, pour savoir s'il n'y a pas eu un excès dans la disposition, de manière à entamer les réserves. C'est

seulement lorsque le résultat de l'inégalité dans le partage et les dispositions faites en préciput n'excèdent pas la quotité disponible, que le partage doit subsister. Dans le cas contraire, il devrait être réformé pour laisser les réserves dans leur intégralité.

A ce point se rattache la question de savoir si les pères et mères peuvent, par l'acte de partage, donner aux uns leur portion en argent seulement, et aux autres leur portion en immeubles.

Auroux des Pommiers, sur l'article 216 de la Coutume de Bourbonnais, n^o 14 et suivans, a traité cette question avec beaucoup de sagacité. Cet auteur apprend que, suivant un ancien usage pratiqué dans cette Coutume, et qui est attesté par Décullant, ancien jurisconsulte, dans les notes savantes qu'il a laissées, l'enfant même réduit à sa légitime par l'acte de partage, ce qui pouvait avoir lieu alors, était obligé de se contenter de la somme en argent qui lui avait été assignée par le partage, si cette somme équivalait à la légitime. Décullant fondait cet usage, qui était même établi par des jugemens, sur l'impossibilité qu'il y aurait souvent eu de faire des partages, à raison de la difficulté de partager certains corps héréditaires, si la faculté de réquie un ou plusieurs enfans, à une somme en argent, n'eût pas été accordée à l'ascendant qui faisait le partage. *Et hoc*, disait-il, *plurimum necesse est fieri, propter difficultatem divisionis corporum hæreditariorum.*

Mais Auroux des Pommiers remarque combien cet usage était irrégulier. Il était en effet combattu par Papon, sur ce même article 216. Papon se fondait sur le principe, que la légitime est due, à la rigueur, en corps héréditaires. *Non satis est*, disait cet ancien auteur, *legitimam filio adscribere, sed præterea necesse est id fieri in corporibus hæreditariis, non autem in pecuniâ, aut aliâ specie quàm hæreditariâ.....; nam cum pater filiis debitor sit in legitimâ bonorum suorum; quæ in quodâ est....., non poterit pater, invito filio quâ quodam modo creditor est, aliud pro alio solvere.*

La même critique de cet ancien usage avait été faite par

le président Duret. Cet autre commentateur de la Coutume de Bourbonnais, entendait bien qu'un enfant pouvait être réduit à sa légitime, par l'acte de partage, d'après les principes de cette Coutume, et que de ce qu'il lui avait été laissé seulement une légitime en argent, il ne pouvait pas s'en prévaloir pour demander la nullité du partage; mais il pensait que, conformément au principe général, il pouvait réclamer cette légitime en corps héréditaires : *Non ex eo disponentis judicium corruere, nec filium quasi præteritum audiendum, ut irritum fiat paternum arbitrium, sed tantum ferendum, si nummis spretis res hæreditarias malit.*

Auroux des Pommiers crut devoir adhérer à cette opinion. Il décida en conséquence que si l'un des enfans ne voulait pas entretenir le partage, et qu'il fût réduit à sa légitime, il pouvait, en ce cas, demander que sa légitime lui fût payée en corps héréditaires. Il donna pour raison que la légitime devait nécessairement être payée en corps héréditaires, d'après la doctrine des auteurs, tels que Henrys et Bretonnier, tome 2, liv. 5, quest. 53; Ricard, *des Donations*, part. 3, chap. 8, sect. 10, et Lebrun, *des Successions*, liv. 2, chap. 3, sect. 10. Mais Auroux des Pommiers ajoutait : « Ce qui toutefois doit être entendu *ex æquo et bono*, et pourvu qu'on puisse diviser sans les » ruiner. »

En venant à notre législation, il faut d'abord remarquer qu'il ne peut pas être question de réduire l'un des enfans à sa réserve légitimaire, si l'acte de partage ne contient pas expressément un avantage en préciput qui égale la quotité disponible. Cet avantage, ainsi qu'on l'a vu n° 393, ne peut jamais, dans notre législation, résulter comme anciennement, de l'acte en lui-même pris comme acte de partage. Dans la thèse générale, les partages permis aux ascendans, sont soumis aux règles prescrites pour les partages provoqués entre enfans après décès. Il doit donc y avoir dans tous l'égalité; et tous doivent être rescindés, s'il y a, contre l'un ou l'autre des enfans, une lésion de plus d'un quart. L'ascendant peut bien avantager l'un des enfans,

même dans l'acte de partage, comme je l'ai expliqué plus haut; mais l'avantage doit être fait d'une manière positive; et c'est seulement alors qu'un acte de partage peut produire une libéralité déterminée.

Mais de ce que dans la thèse générale, les partages faits par les ascendans doivent être assimilés aux partages faits après décès, et provoqués entre les enfans, en résulte-t-il un obstacle à ce qu'un ascendant, dont la fortune consisterait principalement en un corps héréditaire qui ne fût pas susceptible d'être partagé, surtout entre plusieurs enfans, sans diminuer notablement de valeur, puisse fixer des portions en argent?

Il faut avouer qu'on est peu aidé par la lettre de la loi, mais il semble qu'en entrant dans son esprit, on ne pourrait s'élever contre cette opération, si elle portait avec elle tous les caractères de la nécessité et de la justice.

Il n'y aurait pas de difficulté, ou au moins la difficulté ne serait pas aussi considérable, si, dans le cas où il y aurait quelques immeubles qui ne pourraient se partager sans perdre de leur valeur, avec d'autres immeubles susceptibles de faire partie de quelques lots, et des effets mobiliers, l'ascendant faisait un partage réel, en assujettissant ceux des enfans auxquels il assignerait des corps héréditaires excédant leurs portions, à des retours en argent ou effets mobiliers envers les autres enfans. Une opération de cette nature devient nécessaire dans presque tous les partages faits après décès, et le législateur le suppose ainsi lui-même.

En effet, il est bien dit dans l'article 826 du Code civil, que chacun des co-héritiers peut demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession; mais il est dit ensuite dans l'article 852 : « Dans la formation et » composition des lots, on doit éviter, autant que possible, » *de morceler les héritages et de diviser les exploitations;* » et il convient de faire entrer dans chaque lot, *s'il se peut*, la même quantité de meubles, d'immeubles, de » droits ou de créances de même nature et valeur. »

Il est ajouté dans l'article 855 : « L'inégalité des lots

» en nature se compense par un retour, soit en rente, » soit en argent. »

Mais s'il n'y avait qu'un seul corps héréditaire qui ne fût point susceptible d'une division réelle et partielle, et que l'ascendant l'assignât à l'un des enfans, à la charge d'un retour en argent ou effets mobiliers envers chacun des autres, on pourrait ne point voir un partage dans cette opération, mais bien une licitation. On pourrait contester à l'ascendant le droit de faire une telle opération, en disant que, d'après l'article 1075, la faculté accordée aux ascendans est bornée à la *distribution et au partage de leurs biens*. On essaierait peut-être de fonder ce raisonnement sur l'article 827, relatif à la licitation dans les cas ordinaires, et qui est ainsi conçu : « Si les immeubles » ne peuvent pas se partager commodément, il doit être » procédé à la vente par licitation devant le tribunal. » Cependant les parties, si elles sont toutes majeures, peuvent consentir que la licitation soit faite devant un notaire, sur le choix duquel elles s'accordent. »

Le cas de la licitation, pourrait-on dire, n'est point prévu dans les articles 1075 et suivans, où il s'agit du partage que les ascendans peuvent faire entre leurs descendans; et toute licitation à faire devient une opération judiciaire.

Quelque fortes que paraissent ces différentes raisons, il semble néanmoins toujours, en se pénétrant de l'esprit de la loi, que le pouvoir accordé aux ascendans porte sur la licitation, quand elle devient indispensable, comme sur le partage et sur la distribution partielle, quand cette distribution est possible. La licitation tient de sa nature aux mêmes principes que le partage : elle est seulement un mode de convertir en valeur numéraire des portions qui ne peuvent se détacher sans nuire à un ensemble, et sans diminuer les portions de chacun. Le principal objet de la licitation, comme du partage, est de faire cesser l'indivision. Le pouvoir accordé aux ascendans, dans le cas le plus ordinaire, paraît devenir commun, de droit, au cas le moins fréquent. Il peut être affligeant pour un père de ne pouvoir se procurer la certitude de laisser dans sa famille

un bien précieux, dont la composition aura été le fruit de ses travaux et de son industrie, qui, selon les circonstances, comme s'il s'agissait d'une usine importante, pourrait, d'après les moyens particuliers d'industrie de celui qui en conserverait la possession, devenir la source d'une fortune considérable, dont l'espoir n'entrerait point dans le prix vénal qui en serait retiré ; cependant cette certitude disparaîtrait, s'il était impossible d'éviter une licitation judiciaire à laquelle des étrangers pourraient être admis, surtout s'il y avait des absens, des mineurs ou des interdits parmi les enfans, aux termes de l'art. 839.

Il semblerait donc que la stabilité de l'opération faite par l'ascendant, devrait seulement dépendre de ces deux points de fait : 1^o Est-il reconnu par une expertise que l'objet ne pouvait être divisé sans perdre notablement de sa valeur ? 2^o Ce premier fait étant avéré, les portions assignées en argent ou en effets mobiliers, équivalent-elles à la portion en nature de l'objet déclaré indivisible, d'après le prix vénal qui pourrait en être retiré, ou, au moins, s'il y avait quelque lésion, serait-elle au dessus du quart ?

Au surplus, l'ascendant qui fait le partage peut, dans les cas dont il s'agit, pour mieux s'assurer que ses intentions seront suivies, déclarer qu'en cas de refus de l'un ou plusieurs de ses enfans ou descendans, de les exécuter, il les prive de leurs portions dans la quotité disponible de ses biens, et qu'il les donne en préciput à celui ou à ceux des enfans qui consentiront à l'exécution de ses volontés. On sent aisément l'efficacité de cette précaution, qui était souvent pratiquée anciennement, non-seulement dans les lieux où les ascendans avaient le pouvoir de faire un partage entre leurs descendans, mais encore partout ailleurs, lorsque les ascendans faisaient des réglemens, contre lesquels ils craignaient qu'il ne s'élevât des contestations. On ne voit rien dans notre législation qui s'oppose à la validité d'une semblable disposition.

Le partage étant nul, le don en préciput doit avoir son effet.

400. On pourrait demander si, dans le cas où le partage serait nul, parce qu'il ne serait pas fait entre tous les enfans ou descendans qui existeraient à l'époque du décès de l'auteur de la disposition, le don en préciput devrait toujours avoir son effet.

L'affirmative paraît être sans difficulté. L'acte contient deux dispositions, le partage, et le don en préciput. Il peut cesser de subsister comme partage, et conserver son effet comme préciput. Je pense que c'est avec raison que les auteurs des Pandectes françaises se sont expliqués en ce sens, sur l'article 1079.

De l'action en rescision. — Elle peut être écartée par le paiement du supplément de la portion héréditaire.

401. Lorsque le partage sera attaqué, pour l'une des deux causes énoncées dans l'art. 1079, c'est-à-dire, lorsque, l'acte contenant un simple partage, on prétendra qu'il y a lésion de plus du quart dans le lot de l'un des co-partagés, ou lorsque, l'acte contenant et un partage et un don en préciput, on prétendra que l'excès de valeur de la portion de celui à qui le préciput est fait, comparativement à la masse, et le montant du don en préciput, excèdent la quotité disponible, celui qui attaquera le partage devra faire l'avance des frais de l'estimation, et les supportera en définitive, ainsi que les dépens de la contestation, si la réclamation n'est pas fondée. Telle est la disposition de l'art. 1080, dont on sent aisément la sagesse, sans qu'il soit besoin d'une explication.

Mais le défendeur à l'action en rescision d'un partage fait par l'ascendant, peut-il en empêcher le cours, et empêcher un nouveau partage, en fournissant le supplément de la portion héréditaire, soit en nature, soit en numéraire, comme s'il s'agissait d'un partage fait après décès ?

On doit se décider pour l'affirmative. Si les partages faits par les ascendans entre les descendans sont susceptibles,

sous certains rapports, de l'application de quelques principes particuliers, il est cependant vrai qu'en thèse générale, ils sont assimilés aux partages faits après décès. On ne voit donc pas pourquoi on n'accorderait pas, dans le cas d'un partage fait par un ascendant, au défendeur à l'action en rescision, la faculté dont on vient de parler, comme elle lui appartiendrait en partage ordinaire, d'après l'art. 891 du Code civil.

Motifs d'après lesquels il n'est pas permis à un père et à une mère de faire un partage commun de leurs biens par le même testament. — Remarque sur le partage commun par acte entre vifs.

402. M. Malleville, sur l'art. 1705 du Code civil, paraît étonné que la loi n'ait pas permis à un père et à une mère de faire un partage commun de leurs biens par le même testament. Il invoque la sagesse de l'article 77 de l'ordonnance de 1735, qui, en abolissant l'usage des testamens faits par plusieurs personnes, même par un mari et une femme, par le même acte, établissait une exception à l'égard des actes de partage faits entre leurs enfans et descendans. Il sera communément impossible, dit-il, qu'un père et une mère partagent leurs biens entre leurs enfans par des actes séparés, lorsque leurs possessions sont mêlées et confondues, ou composées d'acquêts par eux faits; il faudrait nécessairement alors qu'ils pussent s'accorder pour donner au même enfant un domaine qui leur appartint en commun, sans quoi ils manqueraient leur but, et la disposition de l'un sera rendue sans objet ou impraticable par l'autre. M. Malleville paraît même penser qu'on pourrait suivre encore l'ordonnance de 1735; parce que les actes de partage peuvent n'être pas assimilés aux testamens, et forment une classe particulière que le Code a distinguée de toutes les autres. Au surplus, il soumet sa manière de penser aux réflexions des législateurs.

Il est d'abord sans difficulté que, dans l'état actuel de la législation, un père et une mère ne pourraient faire le partage de leurs biens entre leurs enfans, sous la forme

testamentaire, par un seul acte. Il faut ne pas perdre de vue l'art. 1076, où il est permis de faire les partages par acte entre vifs ou testamentaires, mais avec les formalités, *conditions et règles* prescrites pour les donations entre vifs et testaments. De là il suit que l'article 968 voulant qu'un testament ne puisse être fait par deux ou plusieurs personnes, il doit en être de même du partage entre enfans, fait par testament.

Tous les inconvéniens qui ont fait abolir l'usage du testament fait par plusieurs personnes, par un seul acte, et notamment celui qui résulterait du cas où l'un des testateurs révoquerait sa disposition, l'autre ne la révoquant pas, ces inconvéniens, dis-je, existeraient dans le cas du partage entre enfans, comme pour tous autres testaments.

L'embarras existerait également, même dans la circonstance du mélange de biens dont parle M. Malleville, et lors même qu'il aurait été laissé à un des enfans un patrimoine paternel pour sa portion dans les biens du père et de la mère, et à d'autres, un patrimoine maternel pour composer la même portion. Pour tâcher de vaincre cette difficulté, il aurait fallu décider que, dans ce dernier cas, lorsque l'un des disposans serait mort sans avoir révoqué sa disposition, l'autre, par cela seul, aurait été irrévocablement lié, et n'aurait pu révoquer la sienne. Mais on sent que c'eût été aller contre le principe de la faculté de révoquer jusqu'au dernier soupir une disposition purement testamentaire; c'eût été vouloir que ce qui n'était que testament eût pu devenir, par événement, un acte entre vifs emportant dessaisissement; c'eût été allier des choses contraires.

Ce n'était aussi que dans le cas du prédécès de l'un des disposans, sans qu'il eût révoqué sa disposition, et sans que le survivant eût aussi révoqué la sienne, que celui-ci pouvait être lié, en faisant l'application de l'exception établie par l'article 77 de l'ordonnance de 1755. Car si du vivant des deux disposans, l'un eût révoqué sa disposition, et eût dénoncé cette révocation à l'autre, dès lors la disposition devenait forcément sans effet, dans la cir-

constance dont parle M. Malleville. Tel est le résultat de ce que dit Aurox des Pommiers, sur l'article 216 de la Coutume de Bourbonnais, n^{os} 22, 23, 24, 25 et 26. D'après cet article, le partage était révocable jusqu'à la mort (il n'était irrévocable que lorsqu'il était fait par contrat de mariage); et la circonstance du mélange des biens est parfaitement prévue par ce commentateur, qui a écrit après l'ordonnance de 1735, et qui se fonde sur l'opinion d'anciens annotateurs, qui devait avoir lieu même malgré la disposition de l'ordonnance.

Toutes ces réflexions prouvent que le législateur, en ne voulant pas ce qu'avait voulu la dernière partie de l'article 77 de l'ordonnance de 1735, et en se tenant au principe de la nullité du testament de plusieurs personnes, fait par un seul acte, n'a pas commis une omission, et qu'il a, au contraire, fait un acte de sagesse. Il n'aurait point procuré la stabilité de la disposition qu'il aurait eu en vue, et il aurait donné lieu à des difficultés.

Ainsi, lorsque chaque patrimoine des ascendans sera susceptible d'une division facile, chacun d'eux pourra séparément en faire le partage par un acte sous la forme testamentaire.

Si, à raison de la composition des fortunes, il devenait convenable que la portion d'un ou plusieurs des enfans dans les deux patrimoines fût composée, en tout ou en partie, d'objets dépendans d'un seul, alors il sera libre au père et à la mère, afin d'éviter l'inconvénient de la révocation de la disposition qui ne serait que testamentaire, de faire le partage par acte entre vifs.

Encore faut-il remarquer que ce dernier parti ne pourrait pas toujours être pris avec sûreté. Il faut supposer pour cela que la mère ou l'aïeule qui serait en puissance de mari, ait le droit de se dessaisir irrévocablement de la propriété de ses biens, par un acte entre vifs, avec l'autorisation de son mari. Or, elle ne l'aurait pas, même avec cette autorisation, si elle était mariée sous le régime dotal, excepté dans certains cas.

Il résulte en effet de l'article 1554 du Code, que, sous

ce régime, les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ni hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions établies par les articles suivans. Et d'après ces articles, la femme ne peut donner ses biens dotaux avec l'autorisation de son mari, ou, sur son refus, avec la permission de la justice, que pour l'établissement des enfans qu'elle aurait d'un mariage antérieur, ou pour l'établissement des enfans communs.

Les dispositions de ces articles s'appliquent au partage fait par acte entre vifs, puisqu'il emporterait alors dessaisissement de la propriété, de la même manière qu'une véritable donation ; en sorte que cette disposition de la part de la femme en puissance de mari, sous le régime dotal, ne pourrait avoir lieu que dans les cas qui y sont déterminés.

Le partage de la part des ascendans est susceptible de quelques entraves, ainsi que le remarque M. Malleville. Mais n'en est-il pas de même de toutes les dispositions ? Il suffit que ce partage puisse avoir lieu souvent, pour que le législateur ait sagement fait en organisant ce mode de disposer.

Le partage par acte entre vifs doit être rendu public par la transcription. — En cas de soulte, le co-partagé à qui elle est due doit prendre inscription, et dans quel délai. — Cas particulier relatif à la faillite du débiteur de la soulte.

403. Il reste à examiner deux autres questions. La première consiste à savoir si le partage fait par acte entre vifs ne doit pas être rendu public par la transcription, et si les tiers qui, dans l'ignorance de cet acte de partage, auraient contracté avec le disposant, ne pourraient pas opposer le défaut de transcription.

L'acte de partage fait par les ascendans entre les descendans, ainsi que je l'ai déjà observé, tient essentiellement aux principes ordinaires des partages. Mais lorsqu'il doit saisir les co-partagés, comme dans le cas du partage fait par

acte entre vifs, il est assimilé, sous ce rapport, et par la force des choses, à la donation. Il n'y a pas de raison pour qu'il ait plus d'efficacité à l'égard des tiers, que la donation. Dans le cas du partage, comme dans celui de la donation, les tiers ne doivent pas être victimes de l'état d'ignorance dans lequel on les a laissés, et de ce qu'ils auraient juste sujet de croire qu'ils peuvent valablement contracter avec des ascendans qui continueraient l'exploitation de leurs propres biens, s'il y avait réserve d'usufruit, ou qui, même sans cette réserve, paraîtraient continuer cette exploitation avec des enfans qui demeureraient avec eux. D'ailleurs on doit toujours avoir présent à l'esprit l'art. 1076, qui exige, pour les partages, les *formalités, conditions et règles* prescrites pour les donations entre vifs et les testamens, ce qui comprend la publicité du partage par acte entre vifs, respectivement aux tiers.

A la vérité, le dessaisissement opéré par le partage, même par acte entre vifs, est soumis à une condition, qui est qu'il n'existera pas, lors du décès des disposans, d'autres enfans que ceux entre lesquels le partage a été fait.

Mais cette circonstance est indifférente pour la solution de la question. Toute condition casuelle, suspensive ou résolutoire, rétroagit au jour de l'acte. Il doit toujours avoir son effet, si l'événement qui doit l'annuler n'arrive pas; et c'est précisément pour qu'il ait cet effet, respectivement aux tiers, qu'il doit être connu par la transcription. Il en serait aussi de même de la donation entre vifs qui dépendrait d'une condition de la nature de celle dont je viens de parler. Les motifs concernant la donation se reportent toujours sur le partage fait par acte entre vifs. Aussi est-il dit, dans la seconde partie de l'article 1076, que ce partage ne pourra avoir pour objets que les biens *présens*.

On ne voit donc pas comment les tiers intéressés ne pourraient pas se prévaloir du défaut de transcription; en sorte qu'on sent combien il est au moins prudent de remplir cette formalité, lorsque le partage portera sur des immeubles.

La seconde question que j'ai annoncée est celle de savoir

si, en matière de partage des ascendants entre les descendants, et lorsque le partage, après le décès de l'ascendant qui l'avait fait, était avoué par les enfans, et exécuté, on ne devait pas appliquer à ce genre de partage, l'art 2109 du Code civil, dans le cas où le partage contiendrait une soulte ou retour au profit de l'un des enfans. Ou, en d'autres termes, si dans le cas du partage fait par l'ascendant, lorsqu'il y a soulte ou retour, comme dans le cas du partage fait après décès, entre les co-héritiers, celui d'entre eux à qui revient la soulte ou retour, ne doit pas prendre inscription dans les soixante jours énoncés dans cet art. 2109.

Je pense qu'il n'y a aucun motif de différence entre les deux cas qui viennent d'être énoncés. Il me semble que le délai de soixante jours devrait courir, à compter du décès de l'ascendant, auteur du partage, lorsque le partage serait exécuté sans contestation, et que chacun des co-partagés jouirait dès le décès, en conformité du partage, ou qu'au moins ce délai devrait courir, à compter du traité sur le partage, ou de l'acte concernant son exécution, desquels il résulterait que la soulte devrait subsister.

Mais relativement à cette matière, il s'est élevé une question, dans une circonstance particulière que voici.

Le cohéritier qui devait le retour de lot avait fait faillite. Le décès de l'ascendant partageant était arrivé un an avant cette faillite, et il y avait également près d'un an que le partage avait été exécuté. Ni la sœur et co-héritière de celui qui devait le retour, ni les créanciers de ce dernier n'avaient pris des inscriptions hypothécaires sur ses biens.

La question était de savoir si, dans ce cas particulier, la co-héritière, créancière du retour de lot, devait avoir son privilège sur les biens de la succession, contre les autres créanciers.

Je pense qu'on doit se décider pour la négative. Le débiteur commun étant tombé en faillite, sans aucune inscription, et dès l'ouverture de la faillite, aucun créancier n'ayant pu en prendre utilement, aux termes de l'article 2146 du Code, tous les droits des créanciers sont égaux; tous les créanciers sont devenus, par le fait de la faillite, de

simples créanciers chirographaires. Il faut prendre les droits respectifs des parties en l'état où ils étaient à l'époque de l'ouverture de la faillite. Or, à cette époque, la sœur créancière de la soulte n'avait aucun droit acquis respectivement aux autres créanciers. Il aurait pu se faire qu'elle eût dû conserver son privilège, si le débiteur fût tombé en faillite avant les soixante jours, même quand elle n'aurait pas pris d'inscription. Mais elle n'a pu le conserver au delà de ce délai de soixante jours, la faillite survenant après, qu'autant qu'elle aurait pris inscription avant l'expiration de ce délai.

La sœur créancière du retour de lot, dirait-elle qu'elle aurait pu prendre inscription dans les soixante jours, même après la faillite, si elle fût arrivée avant les soixante jours, et que dès lors elle aurait primé les autres créanciers? Mais ceux-ci pourraient dire de même, qu'ils auraient pu, en faisant abstraction de la faillite, prendre utilement inscription après l'expiration des soixante jours, la sœur créancière de la soulte ayant négligé de s'inscrire auparavant. Ce concours de faculté détruit l'existence d'un droit prépondérant en faveur de la sœur sur les autres créanciers.

ADDITIONS.

LORS de la première et de la seconde édition de notre Traité, nous avons adopté l'opinion que les témoins appelés pour les testamens, ne doivent pas être domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte sera passé. On sent toute l'importance de cette question. Nous avons soutenu la même opinion dans cette troisième édition, n° 247 bis, pag. 586 de ce volume (II^e vol., pag. 183). Nous nous sommes prononcés contre l'avis de plusieurs auteurs recommandables, du nombre desquels est M. Toullier. Nous avons cité à l'appui de ce que nous disons, les décisions de plusieurs Cours royales. Nous ne pouvions invoquer des arrêts de la Cour de cassation; il n'y en avait point. Mais

cette Cour, section des requêtes, vient de juger la question en thèse, par un arrêt qui a été rendu lorsqu'on imprimait notre premier volume. Cet arrêt, qui confirme notre opinion et par les mêmes motifs, est du 10 mai 1825; il est rapporté dans le *Recueil de jurisprudence générale* de M. Dalloz, pag. 332. Il suffit d'y renvoyer.

Page 254, après le n° 88 (1^{er} vol., pag. 386), ajoutez ce qui suit : M. Toullier, n° 817 et suiv., fait quelques observations sur ce que nous avons dit touchant cette question. Cependant son opinion en résultat n'est point contraire à la nôtre. Il y a seulement quelques nuances, mais elles disparaissent dans la pratique. Nous nous sommes expliqués sur la question dans notre *Traité des hypothèques*.

REMARQUES SUR LE CHAPITRE PRÉCÉDENT.

La matière que contient ce chapitre, correspond à une loi du 12 janvier 1824, faisant partie du titre 18^e du 2^e livre du Code des Pays-Bas; en voici le texte :

CINQUIÈME SECTION.

Du partage fait par père, mère ou autres ascendans, entre leurs descendans.

57. Les pères, mères et autres ascendans, pourront faire, par des actes notariés, la distribution et le partage de leurs biens entre leurs enfans et descendans.

58. Si tous les biens que l'ascendant laissera au jour de son décès, n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris, seront partagés conformément à la loi.

59. Si le partage n'a pas été fait entre tous les enfans qui existeront à l'époque du décès et les descendans de ceux prédécédés, le partage sera nul pour le tout. Il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale, soit par les enfans ou descendans qui n'y auront reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage aurait été fait.

60. Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus d'un quart; il pourra l'être aussi dans le cas où le partage, et les dispositions faites avec dispense de rapport, porteraient atteinte à la légitime.

L'action autorisée par le présent article sera prescrite par le laps de trois ans, à compter du décès du testateur.

61. Les descendans qui, pour une des causes exprimées en l'article précé-

dent, attaqueront le partage, devront faire l'avance des frais de l'estimation des biens; at ils les supporteront en définitive, si leur demande n'est pas fondée.

CONFÉRENCE.

TIT. 16^e, LIV. 2^e DU CODE DES PAYS-BAS. CODE FRANÇAIS.

ART. 57.	1075, 1076.
58.	1077.
59.	1078.
60.	1079.
61.	1080.

JURISPRUDENCE.

I. Lorsque les père et mère font donation, par forme de *partage*, de leurs biens immeubles, d'après les dispositions du Code civil, à deux de leurs filles, sous la réserve de l'usufruit, leur vie durant, à charge par les donataires de payer une certaine somme à leurs deux autres sœurs, dont l'une est *mineure*, et d'acquitter en outre *les dettes que les donateurs laisseront à leur décès*, ils ne sont point censés faire une donation irrévocable, sujette au droit proportionnel, parce que l'obligation de payer les dettes que les donataires laisseront à leur décès ne peut se concilier avec le caractère d'une donation entre vifs. (*Arrêts de la cour de cassation de France, des 14 juillet 1807 et 13 avril 1815.*)

II. Les principes ci-dessus ont été reconnus et consacrés par la Cour de Liège. (*Arrêt du 27 juillet 1816.*)

III. Un acte par lequel le survivant des époux partage entre ses enfans ses biens et ceux délaissés par le prédécédé, sous la condition expresse que ce partage n'aura d'effet, quant à ses biens propres, qu'après son décès, est passible du droit fixe de 3 francs, à raison du partage. A l'égard des soultes comprises dans l'acte, si le partage ne pouvait sortir son effet *entier*, ni attribuer à chacun des co-partageans sa part dans l'*intégralité* des biens qu'au décès de la mère, il déterminait néanmoins la part de chacun dans les biens qu'ils avaient acquis au décès de leur père, et leur en attribuait la propriété, quoique ces biens restassent provisoirement confondus dans la masse par l'effet de l'acte; dès lors, les lots chargés de soulte étaient passibles du droit proportionnel réglé pour les ventes, à concurrence des portions dévolues en propriété aux co-partageans, pour autant que les retours étaient fixés, et que les charges excédaient leurs quotes-parts. Car si, d'un côté, il était contre l'équité et le vœu de la loi d'assujétir au droit proportionnel la partie des biens dont la mutation ne s'opérait pas de suite et irrévocablement en faveur des enfans, il aurait été d'un autre côté également contraire aux principes de la loi que la partie dont la propriété leur était déjà acquise par le décès de leur père, fût exempté du droit de soulte. Il s'ensuit que ce droit devait être établi provisoirement sur la moitié des soultes exprimées dans l'acte, puisque ce n'est que pour une moitié des biens que les parts déterminées passaient immédiatement et irrévocablement aux co-partageans, et que la transmission de l'autre moitié était subordonnée au décès de la veuve. (*Décision du 23 novembre 1817.*)

IV. Le testament par lequel des pères et mères assignent à chacun de leurs enfans les biens qui leur seront dévolus après leur décès est un partage anticipé; mais ce partage, qui est une disposition inhérente au testament, n'opère aucun droit particulier, outre celui dû pour le testament. (*Décision du 14 février 1818.*)

V. Il n'est dû, qu'un droit fixe, lorsque, dans le partage qui oblige à des soultes, les père et mère se sont expressément réservé de vendre tout ou partie des objets partagés. (*Décision ministérielle du 28 avril 1818.*) Il n'y a encore lieu de percevoir que le droit de 3 francs (2 fl. 40 cents), pour le partage, fait entre des enfans, des biens de leurs père et mère, qui déclarent expressément s'en réserver la propriété et jouissance, parce qu'au moyen de cette réserve, il n'y a aucune transmission actuelle, et que les père et mère peuvent, jusqu'à leur décès, disposer de leurs biens, nonobstant le partage. — Mais lorsqu'un ascendant fait entre ses enfans le partage de ses biens présents, à titre irrévocable et de donation entre vifs, avec réserve d'usufruit, mais sans que ces derniers soient chargés des dettes du donateur, telles qu'elles existeront à son décès, il est dû le droit de donation. Il en serait de même si la condition de payer les dettes n'avait pour objet que de payer celles existantes au moment du partage; l'acte eût réuni alors tout ce qui constitue une donation entre vifs.

VI. Les soultes établies par les partages anticipés, lorsque les père et mère ont fait eux-mêmes la distribution et la division des biens, ne peuvent être considérées comme des cessions entre les co-partageans, 1^o parce que ceux-ci n'ont pas été propriétaires des objets qui les représentaient; 2^o parce qu'on ne peut à la fois recevoir et acquérir. Ces soultes ne peuvent donc pas donner lieu à un droit de mutation. (*Décision ministérielle du 8 mars 1822.*)

VII. On a demandé si l'acte par lequel des enfans partagent entre eux, du consentement de leurs père et mère, les biens de ceux-ci, avec stipulation que chacun d'eux ne jouira de sa part qu'après le décès du survivant des père et mère, donnait, ou non, lieu au droit proportionnel, et on prétendait que ce droit était dû, parce qu'il n'était pas énoncé dans l'acte que les père et mère se réservaient la propriété et la jouissance; mais il a été décidé que cet acte ne devait que le droit fixe de 3 francs (2 fl. 40 cents); il a été décidé en même temps que, si le partage est fait avec soulte, il y a lieu de percevoir, *hic et nunc*, le droit dû sur les soultes. (*Décision du 17 janvier 1824.*)

VIII. Lorsque dans un acte, par lequel des enfans déclarent partager les biens de leurs père et mère, pour en jouir après la mort de ceux-ci, les père et mère interviennent et déclarent approuver le contenu de l'acte et transférer à leurs enfans la propriété des biens y compris, sans réserve d'usufruit, cet acte ne doit pas être considéré comme une donation entre vifs, passible du droit proportionnel. (*Arrêt de la Cour de cassation de Bruxelles, du 4 décembre 1824.*) Comme cet arrêt fait autorité, et que la Cour y a discuté un point de droit extrêmement important, nous allons en faire connaître les principales considérations. Après avoir déclaré que, pour décider la question, il était nécessaire d'examiner les différentes clauses de l'acte, et que, par suite, cet examen n'excédait pas les attributions légales de la Cour de cassation, la Cour a considéré, 1^o que le but des enfans était de faire co

partage pour prévenir toute difficulté qui pourrait s'élever entre eux à cet égard, après la mort de leurs parens; qu'il résultait de ce motif et de la déclaration expresse mentionnée dans l'acte, de partager lesdits biens pour par eux être possédés, à titre de succession, après la mort de leurs parens, que l'on devait tenir pour certain qu'ils n'avaient pas voulu attribuer un droit de propriété quelconque sur ces biens, pendant la vie de leurs auteurs; 2^o qu'en outre les parens étaient intervenus dans l'acte passé entre leurs enfans, pour approuver le partage fait par eux; que s'ils avaient, immédiatement après, déclaré mettre leurs enfans en possession de ces biens, en s'en réservant toutefois l'usufruit leur vie durant, cette déclaration n'établissait pas cependant une translation de propriété dans le chef de leurs enfans, puisqu'il est de principe dans la jurisprudence actuelle, que tout abandonnement de biens fait par les parens à leurs enfans, ne peut s'exécuter que dans la forme des partages, dont il est traité à l'art. 1075 du Code civil, partages que les père, mère et autres ascendans peuvent faire, en se conformant toutefois à l'art. 1076 du même Code, qui exige les conditions suivantes: 1^o que ces partages ne puissent avoir lieu que par actes entre vifs ou de dernière volonté; 2^o que l'on y observe les formalités et conditions voulues pour les donations entre vifs et les testamens; 3^o que faisant l'application des principes à l'espèce soumise à la Cour, le partage ne présentait aucun des caractères nécessaires pour le faire envisager comme acte de dernière volonté, et que, considéré comme donation entre vifs, il était radicalement nul, puisque l'acceptation expresse des prétendus donataires n'était pas mentionnée dans l'acte; que si l'on pouvait induire une acceptation tacite de l'ensemble de l'acte, encore n'aurait-on pas rempli le vœu de l'art. 932 du Code civil, qui exige formellement, pour que la donation entre vifs puisse être valable et lier le donateur, non-seulement qu'elle ait été acceptée par le donataire, mais que l'acceptation ait eu lieu en termes exprès, d'où la conséquence que l'acte du 22 mai 1822 n'a pas opéré une translation de propriété de la part des auteurs dans le chef de leurs enfans respectifs.

ADDITIONS.

Ce volume était sous presse lorsque l'on a rendu publics quelques arrêts sur les testaments et les legs. Nous allons, par forme d'addition, analyser les plus importants.

I. Il y a lieu de réformer le jugement qui refuse de surseoir à l'exécution d'un testament authentique, quoiqu'il n'y ait eu inscription de faux que postérieurement à ce jugement, lorsque, *in limine litis*, les héritiers ont déclaré vouloir contester ce testament, du chef qu'il n'aurait été ni pu être dicté par le testateur. — Le légataire ne peut pas s'opposer à l'établissement d'un séquestre et obtenir la délivrance provisoire du legs sous caution. (*Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 13 mars 1826.*)

II. En ligne collatérale, le legs fait au profit des enfans ne doit pas profiter aux petits enfans, concurremment avec les oncles et tantes. — La circonstance que les petits enfans existaient, et que leur père était décédé à l'époque du testament, établit une présomption que le testateur n'a pas entendu comprendre les petits enfans dans sa disposition. (*Arrêt de la même Cour, du 10 mai 1826.*) Cet arrêt ne porte que sur des présomptions, si ce n'est qu'il établit ce principe, 1^o que, fût-il vrai que, sous le mot *enfans*, employé dans un testament par lequel le testateur ne dispose qu'en faveur de ses cousins, il faille comprendre les petits enfans, cela ne serait admissible qu'autant que le testateur n'aurait point annoncé une intention contraire; et 2^o que la représentation n'a pas lieu en ligne collatérale, excepté lorsqu'il s'agit de descendans de frères ou sœurs, et que, pour comprendre les petits enfans, sous le mot *enfans*, il faudrait établir une présomption de la volonté du testateur, contraire à celle de la loi, ce qu'on ne peut raisonnablement supposer.

III. La mention de la lecture du testament en présence des témoins, peut être suppléée par équipollence. — Et spécialement : la preuve de la présence des témoins à la lecture, résulte suffisamment de ce qu'ils ont été présents à la réception du testament, et de ce qu'immédiatement après la lecture, ils ont été interpellés, conjointement avec le testateur, de déclarer s'ils savaient signer. (*Arrêt de la Cour de Liège, du 24 mai 1826.*) Cet arrêt a pour motif que l'art. 972 du Code civil, en ordonnant que le testament sera lu au testateur en présence des témoins, et qu'il sera fait de cette lecture une mention expresse, n'a prescrit pour exprimer cette matière, ni une formule particulière, ni des termes exclusifs et sacramentels; qu'ainsi, le vœu de cet article se trouve rempli, toutes les fois que la rédaction qui réfère la mention de la lecture, peut être entendue dans le sens d'une lecture faite simultanément au testateur et aux témoins.

TABLE

DES CHAPITRES ET SECTIONS

DU SECOND VOLUME.

CHAP. VI. Quelles sont les causes qui donnent lieu à la révocation de la donation.	1
§ I ^{er} . De la révocation de la donation dans le cas de survenance d'enfans au donateur.	2
§ II. De la révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle a été faite. .	32
§ III. De la révocation de la donation pour cause d'ingratitude.	33
SUITE des Remarques. De la jurisprudence relative aux donations entre vifs.	41

SECONDE PARTIE.

DU TESTAMENT.	52
CHAP. I ^{er} . Des différentes espèces de Testamens, et de leurs formes.	<i>Ibid.</i>
SECT. I ^{re} . Du Testament olographe.	61
SECT. II. Du Testament par acte public.	103
§ I ^{er} . Des formes générales du testament par acte public. .	104
§ II. Des signatures, de la qualité des témoins, et de la parenté respective de ceux qui concourent au testament.	151
SECT. III. Du Testament mystique ou secret.	217
SECT. IV. Du Testament militaire, de celui qui est fait en temps de peste, du Testament fait sur mer, du Testament fait en pays étranger.	274
SECT. V. Des incapacités physiques qui empêchent de tester, ou qui ne permettent de tester que sous certaines formes.	280
REMARQUES sur le chapitre précédent.	288
CHAP. II. Des différentes espèces de Legs, des obligations et des droits des légataires.	332
SECT. I ^{re} . Des différentes espèces de Legs.	333
SECT. II. Des moyens de faire connaître le Testament, et des voies légales qu'on doit prendre pour parvenir à son exécution.	340
SECT. III. De quelle manière les Legs doivent être acquittés, et dans quels cas ils sont grevés des dettes. . .	383

SECT. IV. De l'exécution des Legs, en cas de changemens arrivés dans l'état de la chose léguée, par la volonté, ou sans la volonté du testateur, ou en cas d'erreur sur la désignation de l'objet légué.	401
SECT. V. La réception qui aurait été faite d'un Legs, empêche-t-elle, ou non, d'attaquer le Testament?	417
REMARQUES sur le chapitre précédent.	426
CHAP. III. Des Exécuteurs testamentaires.	455
REMARQUES sur le chapitre précédent.	473
CHAP. IV. De la révocation des Testamens, et de leur caducité.	477
§ I ^{er} . De la révocation du Testament par le seul ministre de la loi.	<i>Ibid.</i>
§ II. De la révocation du Testament par la volonté du testateur.	480
§ III. De la caducité des dispositions testamentaires.	503
§ IV. La révocation du Testament peut être demandée dans certains cas.	515
REMARQUES sur le chapitre précédent.	516

TROISIÈME PARTIE.

<u>DES DISPOSITIONS MIXTES, qui tiennent de la nature ou de la Donation, ou du Testament, ou de l'une et de l'autre ensemble, et qui sont soumises à des règles particulières.</u>	<u>521</u>
CHAP. I ^{er} . Des dispositions qui sont permises avec charge de rendre.	<i>Ibid.</i>
SECT. I ^{re} . Règles générales concernant la disposition avec charge de rendre.	522
SECT. II. Des formes relatives à la publicité de la disposition avec charge de rendre; des personnes qui peuvent opposer le défaut de cette publicité, et des effets qu'elle doit avoir.	544
SECT. III. Des formes particulières établies pour la conservation des objets substitués, et surtout lorsqu'ils consistent en mobilier.	552
REMARQUES sur le chapitre précédent.	556
CHAP. II. Des partages faits par les ascendans entre leurs descendans.	571
REMARQUES sur le chapitre précédent.	594
ADDITIONS aux Remarques.	598

5E5039



